4

✠



ALEGACION
EN DERECHO

POR DON ANTONIO RAMON DE VARGAS, Y VALDÈS
MARQUÈS DE LA SERREZUELA,
VISCONDE DE LA MATILLA,
MARIDO, Y CONJUNTA PERSONA DE DOÑA ISABEL DE VARGAS
AGUILAR, Y CUETO:
EN EL PLEYTO, QUE SOBRE LA PROPIEDAD DE LOS MAYORAZGOS
fundados; uno:
POR D. GREGORIO DE VARGAS: OTRO POR D. PEDRO
Xavier de Vargas, Gurubèl, y Caro: Veintiquatro
de esta Ciudad sigue
CON
DON JUAN JOSEF MARIA DE VARGAS
vecino de esta Ciudad.

CON LICENCIA DEL SEÑOR REGENTE DE LA REAL
AUDIENCIA DE ESTA CIUDAD:

En Sevilla, en la Oficina de D. Joseph de S. Romàn, y Codina,
en la calle de las Armas junto à S. Antonio Abad.

O magna veritatis vis, quæ contra hominum ingenia, calliditatem, solertiam, contra que factas omnium insidias facile per se ipsa defendat!

Cicero. in oration. pro Marco Celio.



ON en los Pleytos arduos, y dudosos (1) tan precisos, y necesarios los informes por escrito; quanto mejores, y mas eficaces para persuadir, y averiguar la verdad sin el estruendo, y tropel de las voces, en que no pocas veces (2) suele confundirse: causa justa sin duda de la bien merecida preferencia, que tienen en la Sacra Rota, (3) donde se dàn dubios, y forman decisiones sobre los, que en ella se tratan; y en el Real Consejo, y demàs Tribunales de Castilla, y Leon se suspende, y difiere el votarlos, mandandose de oficio, ò à pedimento de las partes escribir, fundar, è imprimirlos.

2. Siendo, pues, de esta clase, el que se litiga, por ser sobre la subcesion de dos Mayorazgos, en que por su naturaleza estàn obligados los Litigantes à seguir hasta los ultimos recursos: (4) Se vè en la precision el Marquès de la Serrezuela de manifestar por este medio el fundado derecho, con que se contempla por Cabeza, y representacion de la Marquesa su Muger à ellos: y el ninguno, que asiste à D. Juan Josef Maria de Vargas, para subceder en ellos con exclusion de la referida.

3. Pero, procediendo con aquella brevedad, y concision recomendada tanto por las patrias Leyes, en que se apoyan estos mismos Informes, ò Alegaciones; no tocarà del hecho, por haverse impreso puntual Memorial ajustado con el Arbol; sino aquello, que conduzga à la mejor inteligencia de las Questiones, que se han de tocar; dividiendo, para evitar absurdos, y contrariedades, y facilitar mejor el conocimiento (5) de la verdad, esta Alegacion en dos partes, haciendo vèr en la primera; que por hijo natural el Don Juan Josef Maria de Vargas tiene formal exclusion para subceder en dichos Mayorazgos: y en la segunda: Que sin embargo de haver obtenido el Real Rescripto de Legitimacion, no puede subceder en perjuicio, y con exclusion de la Marquesa: Y à este proposito como que la fundacion es Regla para decidir con acierto en estas materias: Y las clausulas de ellas

(1) Pareja de unib. inst edit tit. 6. Resol. 5. à num. 131. L. 34 tit. 16. lib. 4. Recopil.

(2) Cap. osius de elect. ibi: Nihil geritur si cum clamore vincitur: L. 1. § fin. C. de stud. Lib. Lucas de Pæna in leg. 1. C. de Profesor. qui in Urbe lib. 11. ibi: Se expertum, quòd veritas facilius invenitur studio Scripturæ, quam disputatione verbali, qui vix potest absque tumultu fieri.

(3) Luis Gomez in Regul. Chancel. in Proemium quest. 1. tit. Rotæ immutatio fol. 5.

(4) Manuel Albares Pegas con otros resolution. forens. cap. 4. num. 88. ad medium.

(5) Cap. inter dilectos 6. de Fide instrum. D. D. Valenzuela tom. 2. cons. 121. ibi: Quod distinguentibus tamquam medijs apropinquantibus veritati standum est, quod reprehendi solet, qui indistintè loquitur, & quod per distinctionem cesant absurda, & contrarietatis.

D. D. Francis. Hieron. de Leon tom. 1. lib. 2. post decis. 210. Respons. ad dubium 2. num. 53.

ellas en donde principalmente se debe estribar para la acertada resolucion, (6) se repetiràn las de estas fundaciones donde sea preciso: Poniendo al margen las Autoridades, para que la curiosidad pueda averiguar su certidumbre huyendo el vicio de muchos Escriptores de que tanto se ofende el Gran Antonio Fabro. (7)

PRIMERA PARTE.

Fundase que el dicho Don Juan Josef Maria por hijo natural, ni por disposicion de derecho, ni en virtud de los llamamientos de estos dos Mayorazgos, que se litigan, puede pretender la subcesion de ellos.

1. Son muchas, y varias las especies de hijos ilegitimos, que se conocen en la disposicion de derecho; (A) y han sido siempre tan mal mirados, y reputados entre todas las Gentes, y Naciones, que no solo no los han juzgado comprehendidos en la denominacion, y apelacion de hijos; contemplando solos dignos de este Nombre, à los avidos, y procreados de verdadero, y legitimo Matrimonio, (B) sino que los han considerado incapaces de todos los demàs fueros, Privilegios, y exempciones dispensados por la Naturaleza, y las Leyes à los demàs hombres; no reputandolos por tales: (C) naciendo este horror, y ceño contra ellos de contemplarlos hijos del Pecado, vivos testigos, y evidentes testimonios (D) del crimen, y vicio de sus Padres; Generacion abatida entre los hombres; ingrata à Dios; inutil para el servicio de la Guerra; poco segura y estable en su Fè, y Promesas; como de ellos refiere Bonifacio Martyr escribiendo al Rey de los Anglos. (E)

2. De

(6) L. item veniunt 20. § Pract. 6 ff. de petitione hæreditatis: ibi: optimum est ipsius Senatus consulti interpretationem facere verbis ejus relatis L. 25. tit. 11. part. 3. Casanete cons. 0. n. 57. & cons. 45. n. 27. Surdo Decis. 20. num. 15. D. D. Molin. de Primog. lib. 1 cap. 2. n. fin. & lib. 3. cap. 13 num. 23. Pegas de Mayorat. tom. 1. cap. 6. n. 1. & sequent. & tom. 2. cap. 10. n. 4. D. D. Roxas de Almans. disput. 1. quæst. 1. n. 56.

(7) In Epistola ad Senatum Sabaudiæ pagin. 2. in fin. ibi: Sunt quibus placeant Rariores Juris Allegationes: Allij quibus frequentiores, & copiosiores: Non nulli, quibus eæ. tantum, quæ ex purissimis Jurisprudentiæ Fontibus Haustæ sint, & deribatæ: Plures (Scriptores) verò, qui laboris Dignitatem præspostera obstentatione diligentiæ ex facilitate metientes, nihil, nisi interpretum nostrorum Authoritates sine discrimine collectas congerant, eo que uno labore, qui omnium ignobilisimus mihi semper visus est, maxime glorientur.

(A) D. Juan de Roxas in Epitome successionnm. cap. 1. n. 7. egit latissime de hac materia. Petrus Greg Syntagmat. Jur. unib. lib. 10. cap. 3. num. 15 tom. 1.

(B) L. Filium 6. ff. de his, sunt sui, vel alieni juris. ibi: Filium eum definimus, qui ex viro, & uxore ejus nascitur: C. fin. 23. Quæst. 4. in Prœmio tit. 7. part. 2. ibi: Fijos, segun la ley, llaman à aquellos, que nacen de derecho casamiento. D. Greg. Lop. in leg. 2. tit. 15. Part. 2. Glos. 10. Quæst. 8. circ. finem. Text. in Authent. Nuptijs in princ. ibi: Matrimonium sic est honestum, ut humano generi videatur immortalitatem introducere.

(C) In Novell. 39. de Restit. & ea, quæ parit undecimo mense ait Justinus in nuptiarum laudem; nil in Republica esse nuptijs utilius, tamquam solis homines facere vatibus.

(D) C. priusquam distinc. 24. cap. fin. de vita & honest. cleric. cap. vestra. Abbas in cap. cum dilectus. n. 4. de Purg. canon.

(E) Cap. Si gens Anglorum distinc. 56.

2. De esto tomaron fundamento las Leyes sin duda, para declararlos nacidos con infamia de hecho, (F) para privarlos de la subcesion hereditaria; sin permitirles mas que aquella duodecima parte que por derecho del Codigo, y Authenticas les fue permitido à los Padres dexarles, si quisiesen, (G) y con lo que se conformò nuestra Patria Legislacion; sin que en el caso de preferirlos, ò exheredarlos, si esto se puede verificar respecto de los naturales, è ilegitimos hijos, se les concediese remedio alguno de querelar, ò decir de inoficioso el Testamento (H) Paternal, ni otro alguno à los referidos; (I) aun quando el Padre, ni dicha quota les dexase, pues le era esto advitrario, y libre de hacer, (J) siendo solo los hijos de Matrimonio para con quienes introduxeron la precision de instituirlos por herederos: Para excluirlos de la succesion de los Patronatos, (K) à menos, que estèn expresamente substituidos; para haver establecido, que no excluyan al substituto, ni hagan faltar la condicion, si sine liberis: (L) para denegarles, y no admitirlos à las Emphiteusis Ecclesiasticas; (M) para haver prohibidoles subseder en los feudos; (N) aun en el caso de ser despues legitimados; ni solos, ni con otros; para, contemplando finalmente, que no pueden apellidarse (O) de la Casa, y Familia, ni usar sus Blazones, y Armas, declararlos incapaces absolutamente de subceder en los Fideicomisos, y Mayorazgos; (P) por quanto su institucion mira à conservar el nombre, y mantener el honor, y lustre de las Familias, fundandose por lo comun por personas egregias, è ilustres, à quienes con precision son exosos semejantes hijos ilegitimos; ni puede presumirse quieran ser representados por ellos. (Q) B 3. Sin

(F) L. 2. tit. 6. part. 7. plura apud Tiraquell. de nobilit. cap. 15. n. 141. ibi: Enfamado es de hecho aquel, que no case de casamiento derecho.

(G) Bart. in leg. Lutius ff de vulgar. Gabriel Paleothus de filijs nothis cap. 37. L. fin. tit. 13. part. 6. & Glos. 4. Greg.

(H) Glos. sing. verb. naturales in leg. 1. ff de Bonor. poss. contra tabul. L. 8. tit. 13. part. 6.

(I) Ex leg. humanitatis intuit. Cod. de natur. lib. ibi: Si hoc Pater naturalis voluerit D.D. Joan. à Roxas in Epitom. Successionum cap. 11.

(J) L. 2. tit. 15. part. 2. ibi: Si dexase hijo, ò hija de su Muger legitima.

(K) Gonzal. in Regul. 8. Cancellariæ, Glos. 5. num. 180. Lambert. de jure Patron 2. part. 2. quæst. principal. artic. 26 num. 2.

(L) Stephanus Gratian tom. 2. discep. Forens. cap. 218. n. 3

(M) Bald. in leg. generaliter § cum autem n. 2 Cod. de Instit. & substit. sub condic.

Barbosa in cap. in præsentia de prob. cum multis allijs, quos citat. Roxas in Epitom. subsesionum cap. 2. num. 90.

(N) In tit. si de Feudo Defuncti contentio sit inter Dominum, & Agnatos Vassalli § naturales Lib. 1. in usibus Feudor. L. 68. tit. 18. Part. 6.
D. D. Molina de Primogenitis Lib. 1. cap. 4. num. 48.
Addent. in Lib. 3. cap. 3. vers. 4. n. 4. D. D. Cast. controv. Lib. 5. cap. 82. n. 19.
Mier de Majoratu 1. tom. part. 2. quæst. 2. num. 3.

(O) D. D. Cast. cont. lib. 5. cap. 82. n. 50.
Tiraqell. de nobilitate. cap. 5. n. 1. Molina de Primogenis lib. 1. cap. 4. ex n. 46. idem Cast. dicto lib. 5. cap. 93. § 16. n. 48. multos referens.

(P) D. D. Molina de Primogenis lib. 1. cap. 3. à n. 41. usque ad finem, & Lib. 3. cap. 7. n. 4. Addent. dicto lib. 3. cap. 5. n. 41. Mieres de Majoratibus 2. part. quæst. 2. ex n. 1. Multos referens. D. O. Joan. del Cast. controv. lib. 2. cap. 30. n. 18. & lib. 5. cap. 67. n. 29. & cap. 82. n. 41. Abendaño in leg. 40. Tauri glos. 21. n. 43. Nicolàs Garcia 7. part. cap. 13. n. 50.

(Q) D. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 1. per totum. Mieres de Majorat. 1. part. in Præfation. n. 4. & dict. 1. part. quæst. 3. 1. n. 10. Giurb. decis. 108. n. 16. L. 1. Cod. de natural. liber.

3. Sin embargo de este tedio, y aborrecimiento con que generalmente han sido mirados siempre los hijos ilegitimos, y naturales de todas las Naciones cultas, y de haverse tenido por conveniente no solo para evitar por este medio la ocasion de delinquir; (R) sino por haverse estimado conforme à la Divina Ley la exclusion, que de ellos hacen las humanas; (S) no han faltado, quienes hayan defendido su causa; especialmente de los naturales, fundando, que su exclusion de las subcesiones no proviene de mirarlos con adversion la Naturaleza, ni los hombres; sino de otras razones de conveniencia civil, y politica, que aunque los prive de aquellas, no los supone manchados con las feas notas, con que por el contrario se retratan.

4. En cuya comprobacion consideran; que los hijos naturales (T) por Regias Patrias decisiones gozan de la Nobleza, y Privilegios de sus Padres, aunque no por la decision del comun derecho de los Romanos, (V) que se admiten, y les compete el derecho, y Privilegio de retraer los Bienes de Abolengo: (X) Que en las Fundaciones de Obras pias para personas Nobles de la Casa, y Familia de sus Fundadores en sentir de un gran Autor, (Y) se deben admitir los hijos naturales; que excluyen à los substitutos haviendo la clausula si sine liberis: (Z) Que por Patria decision (A) pueden ser admitidos à las mejoras, por permitir que en ellas se les pueda nombrar, y substituir en las Vinculaciones que de ellas se hagan, bien que ha de ser à falta de descendientes legitimos: Que pueden subceder, y admitirse à la subcecion de los Fideicomisos donde huviere costumbre de que estos tales hijos naturales se digan de la Casa, y Familia. (B) Que asimismo tienen derecho permisivo de subceder en los Mayorazgos de España, con lo demàs, que los AA. sequaces de esta opinion (C) à favor de los expresados hijos naturales han querido persuadir.

5. Pero en medio de esta diversidad de opinar, en que se hallan divididos; y prescindiendo de que los funda-

(R) L. conveniri, ff. de Pact. Dotal. Chaldas Pereira de nom. emphyt. quæst. 10. n. 20 Menochius lib. 4. Præsump. 89. n. 101. Salcoth. de Notis, & spurijs. cap. 31. n. 1.

(S) D. D. Larr. Dec. Granat. Decis. 32. per totum. D. D. Roxas Amans.

(T) L. 1. tit. 11. Part. 7. Greg. Lopez Glos. 4. L. 12. Tauri, & ibi omn. Tauristæ. L. 10. tit. 8. lib. 5. Recopil.

(V) L. cum legitime, ff. de Statu homin. L. Filiam, & lex liberos ff. de Senator. Bald. in dict. leg. cum legitime: D. Gregor. Lopez ubi proxime.

(X) Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 154. ex n. 2. Martinez in leg. 7. tit. 11. lib. 5. Recop. Glos. 2. num. 3.

(Y) Mantica de conject. Lib. 8. tit. 17. num. 11.

(Z) D. D. Cast. lib. 5. cont. cap. 82. cum multis n. 23.

(A) L. 27. Tauri, & ibi Tauristæ AA.

(B) Tusario de substit. Quæst. 361. num. 16.

(C) Varg. dis. 3. n. 16. & dis. 159. n. 5. Cit. Larr. loco proxime cit. Cit. Roxas Almans. ubi proxime.

damen-

mentos, de los que mas han querido favorecerlos; estàn principalmente reducidos à los explicados en el parrafo antecedente, y deben entenderse con limitacion, y no con la generalidad, que se proponen; pues en quanto à gozar de la Nobleza, Privilegios, y Fueros Paternos apellidandose de su Casa, y Familia, y usar de sus Armas, y Blazones, se debe observar, que esta prerrogativa se la ha dispensado la costumbre, que de ello se ha introducido en algunos Reynos, y Provincias contra la misma dispocision de las Leyes, que lo resisten abiertamente; como sucede en Alemania, y Francia, en donde aun los Bastardos de los Proceres, y Titulados la gozan, y usan de los Blasones, bien que con una linea negra atravesada en el Escudo de las Armas para distinguirse de los legitimos, y aun en nuestra España antes del establecimiento de la Ley doze de Toro, segun latamente lo funda Bernabè Moreno de Vargas en los Discursos sobre la Nobleza, ò que la Nobleza de que no gozan es la que tienen por Privilegio sus Padres, no la hereditaria, y de sangre: ò que se entiende la privacion respeto de los hijos Nefarios, incestuosos, y espurios tan solamente, que son los medios de que se vale cierto Autor, que tocò, y tratò la materia con bastante extension (D) para conciliar la insuperable antinomia, y contrariedad, que se advierte entre unas Leyes Patrias, que disponen acerca de este punto, bien que ya dirimida por la Decision de la mencionada de Toro; en quanto à los derechos del retracto no hace consequencia para la succesion de los Mayorazgos, por proceder en competencia de extraños: Por lo que mira à la admision en las Obras pias, esto tampoco influye, por ser caso mui diverso, y reducido unicamente à una limosna, si bien en el sentir del mismo Autor citado al margen letra Y: procede donde aya costumbre de que los tales hijos se digan, y apelliden de la Casa, y Familia; y en quanto à los Fideicomisos procede con la misma precision la opinion, ò mas bien limitacion del Autor notado letra B: pues en el dicho lugar, y en la question 360. afirma abiertamente, que los hijos Naturales no subceden en los Fideicomisos; y sobre lo tocante à

excluir

(D) D. Joan de Roxas in Epitome succession. cap. 15. à n. 20. L. L. 3. tit. 15. Part. 4. & l. 2. tit. 13. Part. 4. contra L. 1. tit. 11. Part. 7.

excluir à el substituto baxo la condicion *si sine liberis*, la Regla està (E) por la exclusion de los Naturales, no haviendo congeturas de lo contrario, que deben probar los que en ellas funden su derecho; à demàs que es mui diferente la razon, que milita para subcesion de los Mayorazgos: Es preciso conocer, y confesar abiertamente, que aun los que mas se han declarado por la subcesion de los Naturales à los Mayorazgos de España proceden con la limitacion, de que no estèn excluidos tacita, ò expresamente en sus respectivas Fundaciones; de que no ayan quedado Parientes algunos de los Fundadores, y se verifique por lo mismo la extincion de las Vinculaciones, y disponerse de los bienes de su Dotacion como libres, y Alodiales por su ultimo Poseedor; que no aya congetura de contraria voluntad para su admision, y demàs con que estableeen su opinion. (F)

(E) Pat. Molin. de justit. & jur. disp. 174. num. 38. Chaldas Pereira de nom. Emphitet. quæst. 16. ex n. 16 Flores de Mena lib. 1. variar. quæst. 2. num. 9. Mieres de Majorat. 2. part. quæst. 2. n. 9.

(F) Cit. D. D. Larr. Decis. 32 Castillo locis citat. Roxas Almansa loco citat. & cæteri omnes.

6. Esto asi; y acercandonos à examinar las clausulas de las Fundaciones de estos dos Mayorazgos, que se litigan, se verà con evidencia, que en ninguno de ellos puede subceder dicho Don Juan Josef por ser hijo natural, y hallarse excluido formalmente por ellas; por lo que hace al fundado por Don Gregorio de Vargas (casa 2.) hermano de Don Pedro de Vargas (casa 3.) segundo Abuelo de la Marquesa, y tercero del citado Don Juan Josef Maria, es asi el tenor de la clausula de su Fundacion. (G) ibi.

(G) Mem. ajust. fol. 1. B.

„ Quiero, y es mi voluntad, que todos los dichos „ bienes los aya, y posea, y goze de sus Frutos, y Ren„ tas por via de Vinculo, y Mayorazgo Don Pedro de „ Vargas mi Sobrino, hijo legitimo de Don Pedro de „ Vargas mi hermano defunto, y de Doña Francisca „ Gurubèl su Muger, despues de mi fallecimiento, por „ todos los dias de la vida del susodicho, que por la „ presente los vinculo en el dicho D. Pedro mi Sobrino, „ y hago de ellos Vinculo, y Mayorazgo en la mejor „ forma, que puedo, y debo, y los hago inalienables „ imprescriptibles, para que por ninguna manera se „ puedan vender, trocar, ni cambiar, ni enagenar, ni „ hypothecar los dichos Bienes, aunque sea por causa „ Dote, ni Redencion de Cautivos, ni por otra nin-

„ guna

„ guna de las permitidas en derecho, que todas las prohibo, porque el dicho Don Pedro, y sus subcesors solo ha de gozar de la renta de los dichos Bienes durante sus dias de la vida de cada uno, sin podet hacer enagenacion alguna de ellos, y por el mismo caso que la hicieren qualquiera de los Poseedores de dicho Vinculo, el siguiente en grado pueda pedir la posesion de ellos, en quien se transfiera, como si verdaderamente fuera muerto el Poseedor. Y por fin, y muerte del dicho Don Pedro mi Sobrino primero llamado en la subcesion del dicho Vinculo, y Mayorazgo: llamo à la subcesion de èl à su hijo mayor, varon legitimo, que tuviese, y à sus hijos, y descendientes havidos, y procreados de legitimo Matrimonio subcesivamente para siempre jamàs; prefiriendo el mayor à el menor, el Varon à la hembra por linea recta, por manera, que de dicho Vinculo, y Bienes dèl siempre venga, y subceda en el un solo Subcesor por el orden de la primogenitura, que sea legitimo, y à falta de la subcesion del dicho Don Pedro mi Sobrino, y sus descendientes asi Varones, como hembra subcedan en este dicho Vinculo, y Mayorazgo Don Melchor, &c.

7. De la calidad, y llamamientos de esta Fundacion hechos en la forma referida, bien se reconoce que el Fundador no quiso que subcediesen los hijos naturales, pues llama con repeticion à los legitimos havidos, y procreados de legitimo Matrimonio, por lo que sin controvercia estàn excluidos formalmente los naturales, pues este modo de disponer es una formal exclusion de ellos. (H)

8. Y con haver solo expresado en una parte, aun quando no huviera repetido la calidad de legitimos, se entenderia repetida, y por ella excluidos los naturales: (I) con que si esta se observa repetida expresamente en ella, se reconoce que el Fundador quiso excluir, y excluyò los hijos naturales; y que por serlo, lo està dicho Don Juan Josef, sin que le pueda aprovechar contra la voluntad, asi expresada, congetura, ni presuncion alguna, que se quiera hacer à su favor, por resis-

(H)
Menoch. de Præsumpt lib. 4. Præsump. 78 num. 77. Mantic. de conject. lit. 22. n. 34. ✠ unde etiam in proposit Avenda. in l. 40. Tauri Gl. 5. n. 43. Addent. ad D. Molin. Molin. dict. lib. 3. cap. 3. n. 41. vers. quarta.

(I)
Addent. ad Dom. Molin. ubi supra Vers. idque procedit; dando la razon por la doctrina de Baldo en el cons. 186. n. 2. & 3. ✠. „ Quo præsuposito, nempe quia conditio regulatur à dispositione præcedente, scilicet, ut ii videantur positi in conditione, qui positi sunt in dispositione: Surd. conss. 308. n. 13. ✠. Addo argumentum: Peregrin. de Fideicommis. art. 25. num. 30. Mieres de Majorat. part. 1. quæst. 51. num. 206.

 tirla

tirla aquella; (J) ni la que acaso se pudiera tomar, de que en los demas llamamientos de los que hizo en falta de la descendencia de su Sobrino Don Pedro de Vargas primero llamado, parece no se expresa la citada calidad de legitimos; porque ademàs, de que estamos en el caso de la primera del referido, se deberia entender repetida, como que son relativos à los precedentes, y asi se deben entender con todas las mismas qualidades de àquellos; (K) mayormente quando no hai motivo para creer, que en estos llamamientos, ò substituciones no se apeteciese la misma calidad de legitimos, que en los del primero se dispuso; (L) y se tiene por inconveniente en la disposicion de derecho que pareciera haver el Fundador preferido en las substituciones à los que excluyò primero; (M) pero què nos cansamos, si en las mismas substituciones està expresamente repetida, y apetecida dicha calidad de legitimos; pues previene expresamente, que hayan de subceder ibi: ,, Por el dicho orden de los llamamientos antecedentes. " Repitiendo, y encargando que asi se haga en el llamamiento colectivo de Parientes, y subcesion, que ultimamente ordenò: ibi: ,, con la dicha orden, y prelacion. " con que no puede estàr, ni mas expreso, ni mas repetido; que el Fundador quiso, que los que huviesen de subceder en este Mayorazgo, que asi fundò fuesen legitimos, havidos, y procreados de legitimo Matrimonio, y que no quiso, y excluyò à los naturales, y que por serlo el dicho Don Juan Josef Maria tiene formal exclusion, no solo en concurrencia de descendiente legitimo, como lo es la Marquesa, sino de qualquier otro Pariente transversal de dicho Fundador.

9. Subcede lo mismo en quanto à la subcesion del otro Mayorazgo, que tambien se litiga, fundado por el Ventiquatro Don Pedro Xavier de Vargas, (casa 9.) en el Testamento, que con Doña Maria de Aguilar, y Cueto su legitima Muger hizo en 7. de Noviembre de 1755. dandose poder el uno al otro, y en que por una de sus clausulas (N) usando de las facultades concedidas por Leyes de estos Reynos para mejorar à uno de sus hijos en el Tercio, y remanente del Quinto, hizo con efecto

(J)
L. ille aut ille 5 cum in verbis ff. de legat. 3. L. non aliter eodem tit. Menochio. Præsumpt. lib. 1. quæst. 31. n. 4. Gonzal. ad Regulam 8. cancellariæ 5. 4. in Prœmio n. 68. cum sequent. Surd. consc. 242. & cons. 454. n. 49.

(K)
Ut in leg. Asse toto ff. de hæredib. inst. L. si ita Scripsero ff. de conditionib. & demonstrationibus.

(L)
D. D. Cast. controb. lib. 2. cap. 4. num. 136.

(M
Con otros muchos A. A. y Textos Mieres de Majorat. 2 part. quæst. 1. à n. 77. ibi: Ne videatur testator in secunda prætulisse, quos non prætulit in prima.

(N)
Mem. ajust. fol. 3. prope fin. & 4. idem Mem. ajust. fol. dict. 3.

efecto mejora à favor de Don Pedro Maria de Vargas (casa 12.) su hijo legitimo Padre natural de dicho Don Juan Josef Maria, y hermano entero, y legitimo de dicha Marquesa, en la forma siguiente. ibi.

„ Y para que el que de nos superviviere en el Testamento, que en virtud de este Poder se hiciere, ò por Escritura, à parte en conformidad de las Leyes de estos Reynos podamos mejorar, que nosotros mejoramos, en el Tercio, y remaniente del Quinto de todos los bienes, derechos, y acciones, y otras cosas, que hasta el dia del fallecimiento de cada uno de Nos nos pertenecieren à Don Pedro de Vargas nuestro hijo legitimo, Varon mayor de veinte y cinco años; y de lo que el Tercio, y remaniente del Quinto importare, podamos hacer, como desde luego hacemos Mayorazgo perpetuo en favor del susodicho, y de sus hijos, y descendientes legitimos, y señalar como desde luego les señalamos la dicha mejora en el Bodegon de las Cañas, que tenemos por bienes nuestros proprios en el termino de la Villa de Brenes, y otros con todas sus pertenencias, y hacer al dicho Vinculo, y subcesiones de los llamamientos, y con las reglas, formas, Declaraciones, Ampliaciones, Vedamientos, Fideicomiso, y substituciones, prohibiciones, penas, y obligaciones, que nos tenemos comunicado el uno al otro, y pot el contrario, y con las clausulas, fuerzas, y firmezas; que al que de nos superviviere, le pareciere como si los hiciera de sus proprios bienes sin limitacion alguna. Y para que en falta de la descendencia legitima de todos los llamados al dicho Mayorazgo pueda hacer los llamamientos de Parientes transversales, y sus descendencias, y de cada uno de Nos; y en fin de todos podamos hacer, y fundar de los Bienes de dicho Mayorazgo qualesquier Capellanias, Patronatos, y demàs Obras pias, que le pareciere al dicho superviviente. "

10. Haviendo fallecido el citado Don Pedro Xavier de Vargas otorgò su Testamento en 6. de Octubre de 756. la expresada Doña Maria de Aguilar y Cueto, en virtud del antecedente Poder, en que declarando

clarando las facultades, que le estavan conferidas por una de sus clausulas, dice asi: (O) „ Hago mejora
(O) Mem. ajust. fol. 6. B. n. 6.
„ de dicho Tertio, y remaniente del Quinto por via „ de Vinculo; y Mayorazgo perpetuo en favor del „ dicho Don Pedro Maria de Varg s, y de sus hijos, y „ descendientes legitimos señalandosela, como desde „ luego se la señalò en dicha Hacienda del Bodegon de „ las Cañas con todo lo à ella anexo, y perteneciente; „ reservando como dexo reservado para despues, y „ quando lo tenga por conveniente por Escritura, ò „ ò por otro instrumento, formalizar dicha Vinculacion, y hacer en ella los demàs llamamientos de descendientes mios, y del dicho mi Marido, y otros „ transversales poniendoles las demàs clausulas, condiciones, prohibiciones, y otras que tenga por convenientes, y el caso pida; para lo qual en la liquidacion, que se ha de hacer del caudal, quiero, y consiento, que el Tercio, y Quinto de lo que me perteneciere, bajando de este otro tanto como importare, lo que se haya de baxar de el de dicho mi Marido, Funeral, Misas, Gastos, Legados, y otras mandas, como tambien dos mil Ducados, que dexo reservados para disponer de ellos en libertad por fin „ de mis dias; lo que despues de hechas dichas rebajas, „ importare dicho Tercio, y Quinto, se agregue, y „ haga un cuerpo con el del dicho mi Marido, para „ que todo quede vinculado desde luego en dicha conformidad para el referido Don Pedro, y lo goze, y „ su descendencia legitima, haciendolo, y formandolo en la referida Hacienda, para lo qual en caso „ necesario por mi le hago esta mejora, y señalamiento que quiero valga, y tenga efecto en la via, y forma que mas haya lugar en derecho: reservando „ solamente como queda dicho, en mi la facultad de „ disponer los demàs llamamientos, clausulas, condiciones, y reglas conducentes à la subcesion, perpetuidad, validacion, y firmeza del referido Vinculo, y mejora. "

11. En 15. de Junio de 758. la expresada Doña Maria de Aguilar, y Cueto, otorgò Poder para testar al

al mencionado su hijo Don Pedro Maria, y en el entre otras cosas haciendo expresion, del que se le havia conferido por dicho su Marido, en el que se incluia la dicha mejora, y facultad para hacer, y formalizar la Vinculacion, y Fundacion del Mayorazgo, que aunque en su virtud havia hecho el Testamento, no le havia concluido, ni por formalizado le diò facultad à dicho por la clausula (P) siguiente: ibi: (P) Memorial ajust. f. 7. n. 7.

„ Digo, que por quanto el dicho D. Pedro de Vargas „ mi defunto Marido en el Poder, que para hacer su „ Testamento me otorgò, baxo del que falleciò, que „ pasò ante el presente Escribano Publico en 7. de „ Noviembre del año pasado de 1755. hizo mejora del „ Tercio, y remaniente del Quinto de sus Bienes por „ via de Vinculo, y Mayorazgo en el dicho Don Pe„ dro nuestro hijo, dadome facultad, para que pudie„ se asimismo hacer la Fundacion con las clausulas, y „ condiciones, y demàs, que à mi me pareciese, y „ aunque tengo fecho dicho su Testamento, tengo „ por evaquar la dicha Fundacion hasta que lo tenga „ por conveniente, y previniendo en caso de que sin „ hacerlo pueda fallecer, lo he comunicado al dicho „ nuestro hijo, y para que por mì lo pueda executar, „ usando de las facultades del dicho Poder del expre„ sado mi Marido las subdelego, y transfiero en el su„ sodicho, para que por mì, y como yo misma lo „ pueda hacer segun se lo tengo comunicado, bien „ sea en el Testamento, que por mi hiciese, ò por Es„ critura à parte. Y por quanto asimismo en el dicho „ Poder yo hice igual mejora del Tercio, y Quinto „ de mis Bienes en el dicho Don Pedro mi hijo, y „ estar como lo estoi en el mismo dictamen, y volun„ tad, usando de las facultades, que por ley de estos „ Reynos me estan concedidas, doi facultad à el di„ cho Don Pedro mi hijo para que se pueda mejorar, „ que lo mejoro en el dicho Tercio, y Quinto de los „ dichos mis Bienes, que me pertenecieren, hasta mi „ fallecimiento, derechos, y acciones para que la aya „ el susodicho, y sus descendientes legitimos de legi„ timo Matrimonio por via de Vinculo, y Mayoraz-

 go

,, go juntos consolidados con los del dicho mi Marido; y para que pueda hacer el dicho Vinculo, y sub-
,, cesiones de èl, y con las reglas, formalidades, y
,, declaraciones, ampliaciones, vedamientos, Fidei-
,, comisos, substituciones, prohiviciones, penas, y
,, obligaciones, que le pareciere, como si lo hiciera
,, de sus proprios Bienes sin limitacion alguna, y para
,, que en falta de su descendencia legitima de legitimo
,, Matrimonio pueda llamar, y llame à la dicha Doña
,, Isabel de Vargas mi hija legitima, y del dicho su
,, Marido sus hijos, y descendientes legitimos: Y en
,, falta de esta, y de sus hijos à la enunciada Doña
,, Anna de Vargas tambien mi hija sus hijos, y des-
,, cendientes legitimos, y de legitimo Matrimonio; y
,, en falta de toda la descendencia legitima pueda ha-
,, cer los llamamientos de Parientes transversales, y sus
,, descendientes legitimos; y despues, y en falta de
,, Parientes pueda hacer, y fundar de los Bienes de di-
,, cho Vinculo qualquier Capellanias, Patronatos, y
,, Obras Pias, que fuere de su voluntad; y para que
,, pueda hacer todas las declaraciones, que se ofrezcan
,, en razon de mis Bienes, y dependencias, bien de
,, mi alma, y demàs que se ofrezcan, las quales, y
,, cada una de ellas surtan tanto efecto, como si por
,, mi aqui expresamente fueran declaradas. "

12. Reflexionada la Fundacion de este Mayorazgo, y quanto apetecieron sus Fundadores la calidad de legitimos, y aun de legitimo Matrimonio en sus subcesores, expresada con tan reiterada repeticion, como informan los mencionados tres instrumentos; es mas que clara la exclusion, que por lo mismo tienen los Naturales, segun lo fundado en los §§. siete, y ocho: en tanto grado, que aun quando no huviera Parientes legitimos de los Fundadores, aun todavia no podrian subceder; por quanto se hallaban, y estàn expresamente excluidos por ellos, en sentir de muchos, y especialmente del Señor Larrea, siendo el que mas ha favorecido à los naturales. (Q)

(Q) D. D. Larr. Decis. 32 per totam. Tom. 1.

13. Pero con mayor razon se persuade esta verdad, considerando, que aun quando estuviesen llamados

simplemente los hijos, y descendientes sin la calidad, y additamento de legitimos, como aqui lo està; aun todavia no podrian subceder los hijos naturales; por quanto estos, por la disposicion de derecho son incapaces (R) de poder subceder en los Mayorazgos; cuya doctrina es conforme la practica comunmente recibida en España, y obsesvada en sus Tribunales.

14. Se comprueba esto mas; observandose, que los hijos naturales les obsta, y los excluye, asi la naturaleza de los Mayorazgos; (S) como la voluntad de los Fundadores; y asi aunque esta se entienda suplida (T) en la vocasion, ò llamamientos simples de hijos, y descendientes; no aquella: por lo que aun en esros para poder subcedet, y admitirse necesitan con precision de expreso, especial llamamiento; pues de lo contrario por el mero hecho de no llamatlos se entienden expresamente excluidos. (V)

15. A vista de los fundamentos referidos en los §§. antecedentes, Doctrinas de tan graves A. A. bien se reconoce la resistencia, que tiene la pretension del Don Juan Josef Maria; aun quando se precinda, asi de què este Mayorazgo se considere agregacion del fundado por Don Gregorio de Vargas, (X) y de que asi se exprese en la sentencia de Tenuta declarada à favor de la Marquesa en 19. de Junio de 1775. como de las dificultades, que embuelve si este, ò no justificada la Filiacion natural del referido con la Declaracion judicial, en que la apoya, y quiete fundar, atendida la forma prescripta por la Ley para justificarla, y comun recibido sentir de los A. A. (Y) que acerca de ello tratan; porque como, ni lo uno, ni lo otro conduce principalmente al punto, que se controvierte, pues, aun siendo hijo natural, y no siendo agregacion, sino formal Vinculacion, y Fundacion la de dicho Mayorazgo se halla excluido; no hai para que detenernos en esto.

16. No parece que havia necesidad de dilatarnos mas en este punto, teniendo tan concluyentemente probada la exclusion de los Hijos Naturales, asi por la disposicion de derecho; como por la que tienen en las Fundaciones de estos dos Mayorazgos, que se litigan, en

(R) Roxas de incompact. part. 6 §. 9. num. 106. Aguil. add. in dict loco plures referens. Add. a D. Molin. lib. 3. cap. 3 num. 41.

(S) D. Ped. Dies Noguer. Alleg. 9. num. 24.

(T) Aguil. ad Rox. de incomp. part. 1. cap. 6. num. 113.

(V) D. Rox. de Alm. disp. 2. quæst. 3. & disp. 1. quæst. 1. à n. 87.

(X) Mem. ajust. fol. 12.

(Y) L. 11. Taur. Card. de Luc. de Fideicom. decis. 193. a n. 7. D. Cast. cont. lib. 6. cap. 124 n. 12. & cap. 125. Aguil. ad Rox. part. 2. cap. 4. n. 62. L. 7. tit. 22. lib. 4. For. ibi: „ Recibalo ante el Rey. ò „ ante omes buenos: y diga „ en tal manera este es mi „ hijo; que huve de tal Muger; y desde aqui adelante „ quiero, que sepades, que „ es mi hijo. "

Et L. 5. tit. 15. part. 4. ibi: „ E dixesse publicamente „ ante todos este es mi Fijo, „ que he de tal muger. "

en virtud de sus llamamientos, y voluntad expresa de sus Fundadores; y consiguientemente laninguna Justicia que asiste al Don Juan Josef para pretender la subcesion de ellos, por ser hijo natural; pero porque no quede linage de duda, se satisfarán los medios de defensas, que se han propuesto para apoyar su pretension.

17. Se considera con respecto al Mayorazgo fundado por el citado Don Pedro Xavier de Vargas, que el additamento de que los subcesores no solo huviesen de ser legitimos, sino tambien de legitimo Matrimonio, se contiene en el Poder, que la dicha Doña Maria de Aguilar, y Cueto diò à su hijo Don Pedro Maria, y que no haviendose contenido en el Poder mutuo otorgado por la referida, y el Don Pedro Xavier su Marido, ni con el Testamento otorgado por la expresada en su virtud, no puede obrar, por no ser delegables las facultades, que le estavan conferidas à las susodichas, y que el haverse puesto fue en odio del Don Juan Josef por haver nacido quando se otorgò.

18. Este argumento es de ninguna eficacia; así porque aun sin recurrirse à dicho ultimo Poder, sino con lo que produce el primero Mutuo, que ambos conjuges otorgaron, y Testamento otorgado por la superstite Doña Maria, y estar en ellos apetecida en los Subcesores con repeticion la calidad de legitimos en los Subcesores, sobra por lo antecedentemente fundado para la formal exclusion de los Naturales, y para que asi se aya de contemplar al dicho Don Juan Josef Maria, por serlo excluido formal, y expresamente de la subcesion de dicho Mayorazgo con arreglo à su Fundacion; pero con mayoridad de razon, quando se ratificò ser esta la voluntad de los Fundadores en el dicho additamento puesto en dicho ultimo Poder; de cuya validacion no puede dudarse con fundamento legal, quando fueron tan amplias, y absolutas las facultades, que en el primero reciprocamente se comunicaron dichos Fundadores, para que el que de ellos sobreviniese, pudiese hacer à dicho Vinculo los llamamientos, y con las Reglas, formas, declaraciones, ampliaciones, y demás, que en dicha clausula se expresa, y de que queda

hecha

hecha mencion al §. nueve, que se tenian comunicado el uno à el otro, y por el con las clausulas, fuerzas, y firmezas; que al que sobreviviese le pareciese, como si lo hiciera de sus proprios bienes sin limitacion alguna; con que como quiera que la dicha Doña Maria en el Testamento, que otorgò, en virtud de este Poder mutuo se reservò la facultad de disponer los demàs llamamientos, clausulas, condiciones, y reglas conducentes à la subcesion: No sufre esto la menor duda; ni el que pudo delegar, y cometer à su hijo D. Pedro Maria, como lo hizo, su execucion; pues es sin question, que aquel en cuyo advitrio libre se dexa la fundacion de un Vinculo, ò Mayorazgo puede ponerle las condiciones, y gravamenes, que quisiere; (Z) con que si esta facultad libre, y absoluta se confirieron mutuamente los Conyuges por el poder reciproco, que se otorgaron, quien podrà dudar, que pudo la Doña Maria de Aguilar, y Cueto poner las condiciones, y gravamenes, y hacer los llamamientos que tuvo por convenientes, como lo hizo en el Testamento, que otorgò en virtud de dicho Poder; y con mayor razon, quando no procedia unicamente como mera Comisaria de dicho su Marido, sino es como Fundadora, siendo constante, que aun quando en los citados Poder mutuo, y Testamento en su virtud hecho no se huviera hecho mencion de semejante calidad de legitimos, por la facultad, que de un acuerdo se reservaron los Fundadores, y con reiteracion la Doña Maria, pudieron variar, alterar, y añadir, lo que quisieron; (A) ni menos puede con fundamento dudarse, que esto lo pudo cometer, y delegar la Doña Maria, como lo hizo en el referido Poder, que otorgò à su hijo el Don Pedro Maria; porque aunque el derecho de elegir, quando compete en nombre de otro, ò en virtud de agena facultad, sea personalisimo, por contemplarse elegida la industria de la Persona à quien se confiere, y por lo mismo no pueda cederse à otro; (B) esto se limita, quando compite por derecho proprio, ò en consequencia de algun derecho preambulo: y en la facultad concedida para instituir Mayorazgo, que puede cometerse, y cederse; (C)

(Z) D. D. Roxas de Almansa Disput. 2. quest. 2. per totam ubi latissim. materiá tractar.

(A) Idem Roxas de Almans. Disp. 1. quæst. 10. à n. 10. usq ad 13

(B) D. D. Olea de cess. jur. tit. 3 quæst. 1. num. 49.

(C) A Add. à D. D. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 4. n. 62. & n. 63. Mier. . . part quæst. 48. à n. 1. D. D. Joan. del Cast. controb. lib. 4. c. 30. n. 1.

con

con que no puede dudarse, ni de la validacion, y firmeza de dicho Poder, ni que estando por ella apetecida expresamente la calidad de legitimos de legitimo Matrimonio en los Subcesores de este Mayorazgo, no puede subceder en èl el Don Juan Josef Maria por no tenerla.

19. Para mayor comprobacion se debe observar, que aun quando, sin perjuicio de la verdad se concediese, que dicho ultimo Poder era nulo, nada se adelantaria con esto; pues de su tenor se convence, que la voluntad no solo de la dicha Doña Maria, sino tambien de su Marido, fue de que los Subcesores de este Mayorazgo, que asi fundaron, fuesen no solo legitimos, sino de legitimo Matrimonio, porque no solo asi expresamente lo dispuso, y expreso la referida en dicho Poder, que confiriò à dicho su hijo Don Pedro Maria, sino que en ello procediò con arreglo à lo comunicado con el dicho su Marido; y como que à su asercion se le deba toda deferencia por haver sido comisaria en esta disposision, (D) y de la graduacion, que es notorio: aunque no sea jurada, pues aunque esto lo tuvieron algunos por preciso en semejantes declaraciones de los Comisarios; esta circunstancia no està determinada por nuestras Patrias Leyes: Y es en tanto grado cierto esto, que asi va fundado; que aun quando à la Doña Maria se le pudiera considerar como testigo unicamente, por serlo, y de hecho proprio probaria plenamente: Ni el que se presuma que lo hizo, y se puso esta qualidad en odio del Don Juan Josef por estar este yà nacido añade fuerza alguna, antes bien es en su contra, pues esto califica mas, y mas claramente que la citada Doña Maria de Aguilar, y Cueto mirò con adversion à los ilegitimos, y como quiera que estando excluidos estos expresamente en las Vinculaciones de Tercio, y Quinto quieren muchos, que por no haverse observado el orden establecido por la ley veinte y siete de Toro se acabe la Vinculacion, y no se reduzga admitiendo los ilegitimos ò Naturales por resistirlo la expresa exclusion de ellos; què podrà conseguir el Don Juan Josef de esto sino un convencimiento mas de su exclu-

(D) Mascar. de Prob. Coñclus. 909. per totam. Cit. Roxas de Almansa in dict. disput. 8, quæst. 2, n. 2, &

exclusion; bien que no fue en odio del Don Juan, pues si dicho additamento no se puso en el llamamiento de la Marquesa, y su descendencia, se puso en el de la Doña Ana su hermana (casa 14.) Muger de D. Diego de Vargas Gurubèl, con que cesa el fundamento en que el Don Juan funda haver sido en odio suyo. (E) Y con lo que queda enteramente convencido el debil argumento, que sobre el merito, y validacion de dicho ultimo Poder, se hace de contrario.

20. Igual despreciò merece el especioso, y aparente, que tambien se forma à sombra de lo que se alega, assi en quanto à que siendo este Mayorazgo de regular subcesion por su fundacion, debe tener lugar en ella con precision el derecho de representacion, y, quanto està determinado à favor de la linea de posesion, y que haviendo entrado en la del D. Pedro Maria de Vargas, à quien representa el Don Juan Josef Maria su hijo, està resistida la translineacion, que con monstruosidad se verificaria, de excluirsele de la dicha subcesion admitiendose à la Marquesa; porque aunque sea verdad, que en este Mayorazgo, como regular se deva subceder por representacion; y que la translineacion estè defendida en los Mayorazgos por lo comun hasta la total extincion de la de posesion: (F) No tiene acomodacion al caso en question, porque el dicho D. Juan Josef Maria por ser hijo natural del referido Don Pedro Maria para efecto de representarlo para la subcesion del Mayorazgo, ni es, ni puede llamarse contenido en su linea, (G) atendida la disposicion de derecho, y exclusion inducida en su fundacion: Y que no pueda considerarse en este caso de la linea, se persuade, porque no teniendo el D. Juan Josef Maria la qualidad de legitimo de legitimo Matrimonio, que con tan clara repetida reiteracion apetecieron los Fundadores, es preciso, que sin atencion à la linea, (H) se busque Subcesor que la tenga; por ser en èl en quien se halla transferida la Posesion por ministerio de la misma ley: como sucede en algunos Patronatos, y Capellanias laicales, en los que se regula la subcesion por las mismas reglas de los Mayorazgos de España; (*) y en los que se previene, que

(E) Valasc. consult. 41. D. Del Cast. contr. lib. 5. cap. 98. num. 10.

(F) T. D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 6. n. 30. & seq. Add. à num. 30. usque ad num. 54. Cit Roxat de Almans. Disp. 1. quæst. 1. §. 5. n. 101. & 113. & Disp. 3. quæst. 1. n. 14. & quæst. 6. num. 29.

(G) Roxas de incompatib. part. 1. cap. 6. à num. 106. & signanter n. 113. 114. & 115. Aguila in add. cum multis.

(H) Cit. Roxas de Almansa in disp. 1. quæst. 1. §. 9 tom. 1. num. 107. multos referens. D. D. Cast. controb. lib. 5. cap. 93. à num. 20. Luc. de fideicom. disc. 1. n. 19

(*) L. 14. tit. 7. lib. 5. Nov. Recop. Roxas de incomp. part. 8. cap. 3. num. 34.

el que aya de subceder sea Doctor, Licenciado, ò Bachiller, ò aya de tener alguna otra calidad, ò Dignidad, en los quales, sin atenderse la linea, ni el grado, se busca el que la tenga; de lo que se deduce, y evidencia, que aunque sea tan privilegiada la linea de Posesion, y estè defendida la translineacion, à pretexto de la reintegracion de otra qualquiera postergada, (Y) mayormente en fuerza del Decreto expedido por el Señor Rey D. Phelipe V. el animoso en el año de 1713. acerca de la subcesion de estos Reynos, haciendolo de pura, y rigorosa Agnacion mandando, que extinguida la Agnacion subceda la hija del ultimo Posecdor Reinante, ò del ultimo hijo agnado ibi: ,, Subceda en dichos Rey-,, nos la hija, ò hijas del ultimo Reynante Varon agna-,, do mio:" de que hace mencion el Señor Roxas de Almansa (J) que se halla recopilado como ley fundamental; (K) no tiene acomodacion adequada nada de quanto con esto se quiera discurrir; pues como no sea de la linea para la subcesion de los Mayorazgos el hijo Natural; como queda hecho vèr, se debe considerar extinta la del D. Pedro Maria ultimo Posecdor, y transferida la Posesion por ministerio de la propria ley en la citada Marquesa su Hermana, como que es la siguiente en grado; que por disposicion del Mayorazgo debe subceder en èl: (L) Para el presente caso en que nos hallamos, y en que dicho Don Juan Josef por natural, ni es de la linea, ni puede representar al dicho Don Pedro Maria, ni decirse siguiente en grado por la disposicion del Mayorazgo, pues antes por ella, y sus llamamientos, y por la de derecho està formalmente excluido.

21. Ningun aprecio merece tampoco el que se pondera, y forma para apoyar el derecho con que se imagina à estos dos Mayorazgos en question el Don Juan Josef Maria, tomandolo de que son fundados ambos del Tercio, y Quinto; y que debiendose en sus fundaciones observar el orden expresamente prevenido en los llamamientos, y substituciones por las patrias Leyes, que acerca de ellos disponen (M) inviolablemente à diferencia de las que se hacen en virtud de Reales Facultades, que se impetran, en que les es libre, facultativo

(Y)

Rox. de incomp. part. 4. cap. 4. n. 49. & part. 3. cap. 8. n. 93. Cast. Aguil. ad part. 4. cap. 4. n. 13. D. D. Olea de ces. tit. 3. quæst. 4. in Addit. resol. 11. n. 8. in fin. ibi:

,, Quando Majoratus transit ,, propter incompatibilitatem ex linea Primogeniti ,, ad aliam lineam, usque ,, quò, & lineæ sequentes ex-,, tinctæ sint, non retrocedit ,, ad lineam Primogeniti, ,, nec ad ejus descendentes"

(J)

Roxas de Almans. disp. 3. quæst. 6. num. 33.

(K)

Tom. 4. Nov. Recop. & Novisim. Aut. 5. tit. 7. lib. 5.

(L)

L. 45. Taur.

(M)

L. 27. Taur. L. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. D. D. Roxas Almans. disp. 1. quæst. 2. n. 14. & quæst. 6. n. 31. & quæst. 8. num. 19. & quæst. 11. n. 17. & Disp. 2. quæst. 2. n. 19. & quæst. 9. num. & D. D. Castillo controb. lib. 2. n. 2. per totum

tivo à los Fundadores, hacer los llamamientos, y substituciones en el modo, y forma, que quisieren. (N) Y estando por ellas expresamente determinada la subtitucion de los ilegitimos, ò naturales à falta, y despues de los descendientes legitimos con preferencia à los ascendientes, y transversales, no puede sin clara infraccion de ellas contemplarsele excluido al D. Juan Josef por razon de ser natural.

22. Toda esta argumentacion, reflexando antes si dichas Decisiones en quanto à la substitucion de los naturales induzgan derecho necesario, ò meramente permisivo, en que no estàn conformes los A. A. teniendo los mas con la comun, que es de necesidad la substitucion de los naturales en el caso de dichas Decisiones, (O) pero no pocos, y con mucho mas graves fundamentos son de contrario sentir, afirmando, que segun las mismas palabras de la citada Ley 27. ibi: „ Y à falta de ello, à que lo puedan hacer entre sus „ descendientes ilegitimos, que ayan derecho de les „ poder heredar. " Las quales no inducen precision, ni necesidad, (P) la substitucion de los naturales, es de mero derecho permisivo, del mismo modo, que su institucion testamentaria, à falta de legitimos descendientes: (Q) Y que de entenderse de otro modo, es Decision dura, y contraria à las Reglas de derecho, y que no se advierte la razon, en que pueda fundarse.

23. Son tan muchas, como eficaces las razones, que à favor de esta opinion militan contra la comun recibida de los A. A. ya porque sin salir de la misma constitucion Taurina se observa, que para los llamamientos de los descendientes legitimos usa de palabras, que con precision importan necesidad; ibi: „ con tanto, que lo hagan entre sus descendientes le- „ gitimos. " No así para la subcesion de los Naturales: Y si se ha de estar à lo que naturalmente significan las palabras en toda propriedad, de que no es licito separatse; (R) se infiere necesariamente, que el espiritu de dicha Decision solo fue imponer necesidad en el llamamiento de los legitimos, y no de los naturales, pues à no ser así huviera determinado la

(N) Idem Roxas Almans. in dict. Disp. 2. quæst. 3. n. 18.

(O) D.D.Cast. Controb. lib.2. cap.7. & cap. 30. per totum.

(P) L. Gallus in princip. ff. de Liber. & posthum. L. non quidquid ff. de juditiis.

(Q) Tello Fernand in dict. L.27. Taurin 12. in princip. Jason in leg.4. §. Cato n.47. de verbor. oblig. Andreas Angulo ad LL. meliorationum. L. 11. n. 3. per totum.

(R) L. ille, aut ille ff. delegatis 3. ibi: „ Non aliter à ver- „ borum significatione re- „ cedere oportet, quam si „ manifestum sit. Testato- „ rem aliter sensisis. "

substitucion de estos con las mismas expresiones, y no con la de *puedan*, que no induce necesidad. (S)

24. Y ya: porque de entenderse asi, resulta la correccion de otras dos patrias Decisiones, que à los hijos naturales (T) solo le conceden dos onzas, ò la sexta parte de la herencia paterna; esto por los especiales motivos, que expresan, y que à falta de subcesion legitima pueda dexarseles lo que quieran los Padres, quienes sino quieren instituitlos por sus herederos, cumplen con dexarles Alimentos: Pues aunque tengan derecho de subceder à las Madres à falta de legitimos, bien por Testamento, contra èl, ò ab intestato, (V) no à los Padres, ni les compete remedio, no instituyendolos, ò preteriendolos, mas que para lo expresado: con que à la verdad no es repugnante, que en la Ley diez de Toro la palabra, *puedan*, no importe necesidad, sino mera voluntad, y advitrio libre; y en la veinte y siete la aya con precision de importar, quando ambas Decisiones disponen acerca de una misma materia, y personas, impropiandose las voces, corrigiendose lo antes determinado; y sin advertirse razon, que asi lo exija, y requiera; quando se debe tanto evitar, y huir la correccion de los Derechos, quanto sea posible, (X) que solo lo que sea una especial, y expresa innovacion hace lugar à ella. (Y)

25. Para mas comprobacion debe tambien reflexarse, que si todo el fundamento, ò al menos el mas principal de la comun contraria opinion consiste, en las palabras de dicha Ley en quanto dice, ibi: „Y que „ de otra manera no pueda poner gravamen alguno, „ ni condicion en el dicho Tercio: " Y que siendo Generales estas expresiones à las antecedentes determinaciones de dicha Decision deben entenderse generalmente; (Z) y deben comprehender todos los casos antecedentes; y asi los llamamientos, y substituciones de los descendientes legitimos, è ilegitimos prevenidos en ella; (A) este es mui debil, observando, que la regla general en que se funda, se limita, y no procede, quando las clausulas, ò expresiones en qualquiera Decision, si estàn colocadas en la parte executiva aun-

(S)
Text. optim. in cap. ad audientiam. 12. de Decimis. ibi: „ Non permitatis hoc fieri, „ nam si intelixeremus de „ Novalibus tantummodo; „ ubi ponimus de laboribus, „ de novalimus poneremus.

(T)
L. 9. tit. 13. part. 3. L. 8. tit. 8. lib. 5. recopil. L. 10. Taur.

(V)
L. 7. tit. 8. Lib. 5. Nov. Recopil. Matienzo Glos. 7. & 8. Azebed. in eadem leg. n. 18. & 19. Gomez in leg. 9. Tauri. num. 12.

(X)
Cap. 29. de election. in 6. ibi: „ Cum expediat concordare „ jura juribus, & eorum „ correctiones, si substineri „ valeant, evitari. "

(Y)
Text. in leg. Præcipimus 32 §. ultimo C. de Apellat. ibi: „ Quidquid autem hac lege „ especialiter non videtur „ expresum, ad veterum le- „ gum, quæ regulis omnes „ relictum intelligat. "
D. D. Cast. cont. Lib. 5. cap. 25. sub num. 6. ibi:
„ Lex nam que nova, quæ „ deviat à jure communi, „ restringenda est, ut quan- „ do minus fieri possit, re- „ cedatur à jure communi, „ & legum correctio vitetur

(Z)
L. de prætio ff. de Publiciana in rem actione.

(A)
Ex Leg. tertiæ §. Filius inter me dias ff. de Liber. & Posthum. Aviles in cap. 1. Prætorum Glos. lo susodicho. Et cap. 2. Glos. sd pena: Mieres de Majorat. part. 2. quæst. ultim. num. 3.
Menoch. de Præsumpt. 7. per totam Lib. 2. & lib. 4. Præsumpt. 181.

aunque digan relacion à la Dispositiva, ò Decisiva, no recibe esta extension, ni aumento, por ser la que se considera para examinar, y comprehender bien el espiritu, è intencion de ella, (B) fuera de que de entenderse, como quiere la comun, dicha Decision Taurina, son gravissimos los inconvenientes, que produce, con clara subercion, y destruccion de lo anteriormente establecido en la materia conforme à los principios mas generales, lo que no puede presumirse fuese el animo del Legislador. (C)

26. Pero concediendo sin perjuicio de la verdad que dicha Decision precise la substitucion de los ilegitimos, y prescindiendo de lo questionable, que es sin embargo, de que estos se entiendan los naturales, de quales sienta dicha disposicion legal, si de los nacidos antes, ò despues de la Vinculacion, (D) porque no hace al caso, que oy se disputa; lo cierto es, que el argumento se retuerze contra el Don Juan Josef, y prueba eficazmente su exclusion por la misma Ley: esta en qualquier concepto, que se quiera entender, determina la substitucion de los ilegitimos à falta, y no haviendo descendientes legitimos; con que si los hai, por serlo la Marquesa, como hija de D. Pedro (casa 9.) Fundador del uno de dichos dos Mayorazgos, no admite la menor duda, que por la misma Decision excluye, y prefiere al citado D. Juan,

27. Que sea la mencionada Marquesa de la linea contentiva del ultimo Poseedor D. Pedro Maria (casa 12.) siendo su hermana (E) es sin question: como tambien, el que aunque en semejantes subcesiones permita la citada Decision Taurina llamar, y substituir los hijos, y descendientes ilegitimos, prefiriendolos à los colaterales, y que tales se dicen no solamente aquellos, que son transversales del Fundador, sino tambien aquellos, que aunque desciendan de èl, no descienden del ultimo Poseedor, sino se le unen por linea transversal, y asi se consideran para la representacion; para lo que hace à excluir los descendientes naturales llamados no se dicen transversales los descendientes del Fundador, aunque al ultimo

Po-

(B) Clement. Si Dinitatem 1. de Præbendis. Ibi: ,, Cum in concesione Gratiæ ad quam non augendam, sed exequendam debent, quæ de inhibitione sequuntur, referri, nullam de ellectione fecerimus mentionem. Cap. 16. de Præbendis in 6. & §. 1. cap. causam 18 de Rescriptis.

(C) L. si quando C. de inoficioso Testam. cap. Ecclesia. Vestra 57. de election. ibi: ,, Nè cætera, quæ super hoc alibi statuta noscuntur, uno verbo videantur everti, neque enim credendum est, Romanum Pontificem, qui jura tuetur, quod alias excogitatum est multis Vigilij, & inventum uno tantum verbo subertere voluisse. “

(D) Mieres de Majorat. 2. part. quæst. 6. num. 110.

(E) D. D. Cast. cont. lib. 5. cap. 91. n. 49. Add. ad D. D. Molin. lib. 3. cap. 5. n. 72.

Posedor se unan, y junten por linea transversal: Y asi si muere el ultimo Poseedor, y dexa un hijo natural capaz, lo excluye de la subcesion el pariente colateral mas proximo legitimo respecto del ultimo Poseedor, con tal que descienda del Fundador; siendo en sentir de un grave Autor, (F) manifiesta, y clara la razon que hai para ello; porque los descendientes naturales no pueden llamarse en perjuicio de los legitimos por la expresada Decision de la citada Ley; pueden solo preferirse à los colaterales del mismo Fundador, pero de ningun modo à los colaterales del ultimo Poseedor, que desciendan del Fundador; no puede dàrse doctrina mas adequada en todas las circunstancias de nuestro caso: La Marquesa colateral del ultimo Poseedor Don Pedro Maria su hermano, pero hija, y descendiente del Fundador, asi, aunque el Don Juan Josef sea hijo natural de aquel, y aunque fuese capaz, que no lo es, por obstarle los llamamientos en que solo se contemplan tales los legitimos de legitimo Matrimonio, excluye con precision al referido, aun quando estuviera expresamente llamado, y no excluido.

(F) Angulo ad LL. Reg. meliorationum in leg. 11. Glos. 13. num. 5. & 4. ibi: „ Tamen quoad istum finem excludendi descendentes naturales vocatos: non dicentur transversales, qui ab institutore descendunt, licet ultimo Possesori per lineam transversam conjunguntur; itaque si decedat ultimus Possesor, relicto Filio naturali, qui si capax, iste excludetur a legitimo proximiori collaterali, respectu ultimi Possesoris: dum tamen ab institutore descendat; & est ratio manifesta, quia Descendentes naturales non possunt vocari in præjudicium Descendentium legitimorum, ut expresè præcipit iste textus: solum possunt præferri collateralibus institutoris; non tamen collateralibus ultimi Possesoris, qui ab institutore descendunt. “

28. A la sombra del Testimonio producido en los Autos por el Don Juan Josef Maria del Pleito seguido entre Don Diego Josef Velasquez, y Don Diego de Velasco Ortega sobre la subcesion del Vinculo, que del Tercio, y Quinto fundaron Don Francisco de Ortega, y Doña Sebastiana Bermudes de Alderetè su Muger, y agregacion à èl hecha por Doña Maria de Barros, y Mendoza, y en que haviendo pretendidolo el D. Diego Josef, y litigado en contradictorio juicio como nieto de Doña Sebastiana de Ortega, y Alderete, (casa num. 8.) de la delineacion para esta subcesion, Muger de Don Agustin del Aguila, è hija natural de Don Tomàs de Ortega, y Alderete, (casa n. 3.) Veinte y quatro de esta Ciudad, è hijo de los Fundadores primer llamado à su subcesion, y su descendencia por no haver quedado, sino la expresada hija natural; y el Don Francisco Josef como segundo nieto de Doña Juana de Alderete, (casa num. 3.) llamada en quinto

lugar

lugar como hija de Doña Maria Bermudes de Alderete hermana de la citada Doña Sebastiana Bermudes de Alderete, Muger de D. Francisco de Ortega Fundadores, (casa 1.) y llamada en tercero lugar, y los que por executoria de este Tribunal se determinò à favor del Diego Velasquez con exclusion del Don Francisco Josef Velazco executoriandose para con Don Tomàs Velasquèz hijo del Don Diego Josef por haver este fallecido; y que haviendose recurrido à el Consejo por injusticia notoria por el Don Francisco por Decreto de 13. de Julio de 768. se declarò no haver lugar à dicho recurso, condenando à el Don Francisco en la pena de 500. Ducados en el caso de la causion, grita con demasiada confianza, que es identico este exemplar, y que deve obrar en el presente caso; pero quanto mejor le huviera estado al Don Juan Josef no haverlo producido, pues se ahorraria el claro convencimiento, que de èl le resulta.

29. No se duda de la recomendable autoridad de las executorias, bien que nunca tienen fuerza decisiva, aunque sean del supremo Consejo; (G) pero como al mismo tiempo sea forzoso conocer, quanto las altera, y varia qualquier minima mutacion de los hechos, (H) de ai es, que no puede juzgarse por exemplares, por ser arriesgadisimo el juicio, que en ellos se afianza solamente; de forma, que para que puedan hacer consequencia los exemplares se ha de verificar una omnimoda similitud; notese, pues, à vista de esto la diferencia, que hai de un caso à otro, en el de aquel Pleito disputaba la subsesion el Don Diego Josef con un transversal, qual era el Don Francisco Josef Velazco, y como à estos se prefieran los descendientes, aunque sean naturales, segun el orden de la citada Ley 27. de Toro. No asi en nuestro caso, que la Marquesa es descendiente del mismo Fundador con que por el mismo orden de dicha Ley no puede preferirla el Don Juan; alli no havia llgado el caso del llamamiento de dicho transversal, con que mal podia subceder; mas en el caso del Mayorazgo de Velasquez, la Doña Sebastiana de Ortega, y Alderete,

(G) L. 9. §. ubi Decretum ff. de officio pro cons. D.D. Cast. controb. lib. 7 cap. 30. à n. 4 D.D. Valens. consc. 40. o. 55 & consc. 68. n. 18.

(H) L. si ex Plagis §. io clivo ff. ad leg. Aquil. D. D. Cast. cont. lib. 5. cap. 89. à n. 98 Signat. cons. canon. cons. 54. à princ.

re,

te, (casa) hija natural de Don Tomàs de Ortega primero llamado (casa) è hijo de los Fundadores, no entrò ni subcediò en dicho Mayorazgo por muerte del citado Don Tomàs su Padre sin embargo de ser el ultimo Poseedor, y no haver dexado subcesion alguna, mas que la citada hija natural, ni los hijos de esta subcedieron, ni pretendieron subceder; pues hizo transito à Doña Francisca de Ortega, y Alderete, (casa) Muger de Don Antonio Montero de Espinosa, hermana del mencionado Don Tomàs primer llamado, è hija de los Fundadores llamada en segundo lugar à la subcesion; en cuya linea, y descendencia durò, y corriò esta, hasta que por haver muerto Doña Micaela Escolastica de Salazar ultima Poseedera de dicha linea sin subcesion; saliò pretendiendo la Posesion Don Francisco de Velazco, segun que todo resulta del mismo Testimonio, luego si esto mismo se verifica, pues la Marquesa como hermana del ultimo Poseedor, y descendiente por hija del Fundador, como la de preferir, y excluir un natural; luego este exemplar, que se ha trahido lexos de probar à favor del Don Juan Josef Maria hace vèr la identidad de razon, que milita, para que se aya de determinar à favor de la Marquesa con exclusion del Don Juan Josef Maria.

30. Hecho vèr lo ineficaces, que son los argumentos, que de contrario se hacen para apoyar su pretension, y que no obstante, ellos mas bien persuaden la exclusion del citado Don Juan por ser hijo natural; por tener contra sì la disposicion de derecho como antecedentemente queda fundado en tanto grado, que aun han dudado algunos A.A. (I) si para llamarlos à la subcesion de los Mayorazgos sea necesaria facultad Real; y aunque otros han querido sobstener, que los naturales pueden subceder no solo quando en la Fundacion del Mayorazgo se llaman simplemente los hijos, pero aun quando es con el additamento de legitimos, y alegan à favor de esta opinion algunos exemplares del Real Consejo, y Chancilleria de Granada (J) està reprobada de otros, (K) y en quanto à los exemplares, con que la apoyan, son respecto de

(I) Azebed. in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil.

(J) Idem Azebed. cons. 24. n. 31

(K) Garcia: Part. 7. cap. 15. n. 36. 39. 42. D.D. Cast. cont. lib. 5. cap. 67. n. 19. & 31. versic. ex quo distinꝫ.

de transversales como subcede en el caso del producido en estos; porque la admision de los naturales en el comun sentir de los A. A. es en el caso de no haver descendientes legitimos, ò parientes de los Fundadores para evitar la extinsion de la Vinculacion, y no de otra forma; (L) pasaremos à fundar, que ni en virtud del Real Rescripto, que ha impetrado dicho D. Juan Josef, que es el medio de que ultimamente se vale puede subceder en ninguno de los dos Mayorazgos, que se litigan.

(L)
D. D. Greg. Lop. in leg. 32 tit. 9. part. 6. quæst. 9. & in leg. 2. tit. 15. part. 2. Siguiendo à Barth in leg. ex facto ff. ad Trebell. 5. siquis rogatus. ibi:
„ Nisi ex dispositione Tes„ tatoris alliud apareat. "

SEGUNDA PARTE.

FUNDASE, que no es el Real Rescripto impetrado para la subcesion de estos Mayorazgos, y que en su virtud no tiene accion el Don Juan Josef Maria para pretender su subcesion.

1. Por el espacio de muchos años permanecieron los hijos ilegitimos (A) tan olvidados como desconocidos de las gentes, sin que en la Lesgilacion de los Romanos se haga mension de ellos, hasta los tiempos del Emperador Constantino, que considerando ser especie de inbumanidad, que no haviendo diferencia por las Leyes de la naturaleza, se huviesen de mirar por las humanas destituidos de todos los fueros por ella concedidos à los demàs hombres; y mas quando la experiencia hace vèr lo nada, que esto influya en las costumbres, y propiedades, pues muchos ilegitimos se aventajan en ellas à los legitimos, (B) y son de mucha utilidad à la misma humana sociedad, y que las leyes no deben desatender ni aun à los mas infelices, sino evitando todo lo que envuelva alguna deformidad, establecer lo que sea mejor; fue el que primero se empeñò à su favor, estableciendo, que celebrando, y contrayendose Marrimonio entre los Padres, se hiciesen legitimos, quedando libres, y limpios de aquella mancha; medio ignorado hasta alli; y aunque esto era con la restriccion, ò limitacion de que huviesen sido havidos de Concubinas ingenuas; (C) à su imitacion mas indulgentes los Emperadores Anastasio, (D) Theodosio, y Arcadio ampliaron dicha constitucion

(A)
Novell. Const. 89. quib. naturales eficiant. sui Collation. 7. in Præfatione.

(B)
Apud Euripidem: in Androm. actu 3. vers. 90. arguit exemplo Peleus. Licet Nothus sit, certè sæpe numero Arida satio, fertile, & pingue vincit solum, multique spurii præstant legitimis

(C)
In leg. Divi, Codic. de naturalib. liber. in 2. 4. de Pact. convent.

(D)
In leg. Jubemus C. de nat. lib. 2. nuper Cod. eodem tit. Novell. 12. Basil. de Matrim. lib. 11. cap. 3.

tucion à todos los hijos naturales havidos en qualesquieras Mugeres; concediendo que por los Padres se les pudiese dàr, y dexar lo que les pareciese: Adoptò esta disposicion la Legislacion Eclesiastica dispensandoles este Beneficio la Santidad de Alexandro III. (E) pero, quien mas se esmerò à favor de los naturales fue el Emperador Justiniano, estableciendo, y reglando los quatro medios de legitimacion, con que se purgan de semejante mancha; conviene (F) à saber la oblacion à la Curia; la denominacion Paterna; por subsiguiente Matrimonio; y por especial Rescripto del Principe; à cuya soberania incumbe la Dispensasion, ò interpretacion de las Santas Leyes. (G)

2. Adoptados estos medios de legitimacion por nuestra Patria Legislacion (H) à beneficio de los naturales, son tan varias las Questiones, y Disputas, que entre los A. A. se controvierten acerca de cada uno de ellos; que detenernos à discurrir sobre cada uno seria tan prolixo, como inconducente por lo que solamente ciñendonos à la materia, que se trata en orden à si el Real Rescripto de legitimacion impetrado por el Don Juan Josef Maria le abilite para la subcesion de estos dos Mayorazgos, se dexa conocer, que no le aprovecha, ni sirve para pretender la subcesion de ellos.

3. Esta opinion procede en mi sentir con mayores fundamentos por conformarse con la misma Naturaleza de los Rescriptos, que no permite extension, sino que se ha de hacer en ellos, la mas estrecha interpretacion, segun el literal tenor de ellos, atendida la intencion del Soberano, que los concede, (Y) de forma, que el que lo obtiene para promoverse à las ordenes Sagradas no puede en fuerza de el obtener Beneficio; ni pension, que tenga titulo de tal; y aunque sea concedido generalmente para obtener qualquier Beneficios; no puede en su virtud obtener Pensiones, sino se hace especial mencion de ellas en Rescripto, (J) y justamente, porque en los Privilegios, en cuya clase se comprehenden, tanto ofende la autoridad del Principe, que los dispensa, quien

los

(E) Cap. 1. qui Filii sint lexitim. tit. 17. lib. 4. Decret. & ibi omn. repent.

(F) In cit. Nov. 89. collat. 7. Petrus Greg. syntapmat. Jur. lib. 10. cap. 4. per totum.

(G) Glos. in cap. transmissæ qui filii sint lexitimi: L. L. 1. & fin. Cod. de Leg b.

(H) L. L. 1. tit. 13. & 2. tit. 15. part. 4. L. 10, tit. 8. lib. 5. Recopilat. Petrus Greg. Syntapmat. Jur. cit. Lib. 10. c. 4. & cap. 10. & lib. 45. cap. 7. & lib. 1. de Rescrip. cap. 28. à 29. Ant. Gom. in leg. 18. Taur. n. 59. D. D. Covarr. de Matrim. cap. 8. §. 7. 8. 9. & 10.

(Y) Barbos. in cap. 8. n. 1. & cap. 38. n. 5. de Rescript. Cyriac. controb. 426. à num. 35. D. D. Salg. de Retent. 2. p. c. 34. à n. 6. D. D. Valens. cons. 71. à n. 83. L. 47. tit. 18. part. 3. Petrus Gregor. lib. 1. de Rescripi. cap. 28. n. 8. idem Covarr. in cit. c. 8 §. 8. n. 23. & à 37. & in cap. 10. num. 8.

(J) Can. 1. de electione. in 6. cap. extirpand. in fin. de Præbend.

los restringe, como quien los estiende à mas de lo que segun su literal thenor fue su voluntad concederlos. (K)

4. No se puede dudar pueda el Principe legitimar, y hacer capaces de la subcesion de los Feudos, Fideicomisos, y Mayorazgos à los ilegitimos, y mas à los Naturales; sin embargo de que un grave Authór (L) con no pocos es de sentir, que no es licito à el Principe derogar en quanto à esto las Leyes, y establecimientos de la Primogenitura, y como por estas, y disposision de los Fundadores se hallan, y estàn excluidos los ilegitimos, y sus descendientes, no seria conforme legitimarlos en perjuicio de los llamados à quienes por la primordial disposicion de los Fundadores se les adquiere, y tienen un derecho irrevocable; por tanto solo la conoce justa en los dos casos, que èl mismo señala; pero tampoco se puede conceder, que los legitimados sin esta expresion de serlo para semejantes subcesiones, sean capaces de ellas; sobre, que se hallan divididos los A. A. queriendo unos, que por sola la legitimacion consigan todos los Privilegios, y subcesiones, reputandose verdaderamente legitimos, asi en orden à la Nobleza, como à el derecho de absoluta subcesion: (M) otros, no alcanzar, ni ser extensivas las legitimaciones ordinarias à tanto; (N) y distinguiendo algunos entre los Naturales, y los que no lo son. (O)

5. Sin embargo entre tanta diversidad de opiniones, corre sin question, que en los Feudos no pueden subceder (P) los legitimados por Rescripto del Principe, asi porque lo resiste la naturaleze de ellos, como por el perjucio, que de ello se le irrogaria à los Agnados, y demàs legitimos subcesores, y que estàn substituidos, con el que jamàs puede entendetse concedido el Privilegio de legitimacion, no siendo en èl expreso; (Q) con que siendo como es valido el argumento de estos à los Mayorazgos de España, y sus Patronatos (R) lo mismo con precision deve decirse en quanto à sus subcesiones, à las que no pueden aspirar los legitimados, siendo esto cierto en tanto grado, que aun los

H que

(K)
Cap. Porro de Privilegiis. Cap. Cum capella 16. ejusdem titul.

(L)
Mieres de Majorat. 2. part. quæst. 1. n. 9. D. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 8. n. 31. cum sequentib.

(M)
L. 12. Taur. L. 20. tit. 11. lib. 2. Novæ Recop. Roxas in Epitome Subsesion. cap. 22. n. 103. Gutierr. in §. Sui, n. 187. Instit. de Hæred. qualitat.

(N)
L. 12. tit. 1. lib. 6. Recopilat. D. D. Covarr. de Sponsalib. 2. part cap. 8. § 4 n. 8. Pater Molin de Just. & Jur. disput. 170. n.

(O)
Cit. Gutierr. dict. § sui, n. 189. Cevallos, Comm. contra Comm. quæst. 2. n 48. Omnino videndus idem Gutierr. Pract. Quæst. lib. 4. quæst. 23. per totam.

(P)
Cit. cap 1. §. Naturales si de Feudo fuerit controvertia inter Vassalum, & Agnatos. Lib. 1. in usibus Feudorum. D. D. Cast. cont. lib v cap. 106. n. 6. D. D. Larr. descis. 32. n. 2.

(Q)
L. 11. cum sequent. tit. 8. part. 5. D. D. Molin. de Primog. lib 2. cap. 7. D. D. Castillo de Tertiis, cap. 16. Barbos. in cap. 6. n. 6. 8. & 9. de Rescript. Cyriac. controv. 310. Guiurba de Succesio Feud. §. 1. Glos. 9. n. & sequent. Card. Luc. de Feud. dis. 15. n. 2.

(R)
D. D. Anton de Padilla in Rub. n. 7. Cod. de Fideicom. Gom. in leg. 40. Taur, n. 77. cum multis.

que conceden, que los asi legitimados excluyen al substituto baxo la condicion *si sine liberis*: exceptuan, y excluyen la Emphiteusi Eclesiastica, los Feudos, y Mayorazgos en los que llevan, no pueden subceder de ningun modo en virtud de tales Rescriptos. (S)

6. Aun en los Mayorazgos, en que simplemenre estàn llamados los hijos no pueden subceder los legitimados por Rescripto comun del Principe; (T) con que con quanta mayor razon no podrà aspirar à la subcesion de ninguno de los dos, que se litigan, el Don Juan Josef Maria quando, atendida la serie de sus Fundadores, como và hecho vèr, no solo estàn llamados à ella los hijos, sino con el repetido additamento de legitimos de legitimo Matrimonio, lo que hace conocer la formal exclusion que por la voluntad de los mismos Fundadores tiene; (V) pues por el hecho solo de haver llamado à los hijos legitimos, y de terminar los llamamientos, y vocasiones con la qualidad de legitimos, sin duda se entienden quisieron excluir, y excluyeron de la subcesion à los Naturales; por quanto lo que en sentido afirmativo concluye el llamamiento de los legitimos, induce en el negativo con precision la exclusion de los Naturales: al modo, que el llamamiento de los Varones con precision à la subcesion de un Mayorazgo contiene dos capitulos; uno la inclusion de estos; otro, la exclusion de las hembras. (X)

7. Con ser tanta la fuerza, y eficacia del subsiguiente Matrimonio, que induciendo, y retrotrayendo al tiempo de la Natividad hace legitimos à los hijos tenidos antes: (Y) llevan infiniros que estos tales no son capaces, ni pueden subceder en los Patronatos, Fideicomisos, y Mayorazgos, quando à su subcesion estàn llamados los legitimos havidos, y procreados de legitimo Matrimonio; (Z) por no verificarse la qualidad apetecida en tiempo havil: Luego si son de esta clase los llamamientos hechos en las Fundaciones de estos Mayorazgos, que se litigan; (A) aun quanto el Don Pedro Maria de Vargas huviera casado con la madre del citado Don Juan Josef Maria no podia esre aspirar à la subcesion de ninguno de los dos Mayorazgos,

(S) Blasius Flores Diaz de Mena cum multis in addit. ad Desicionem primam Gamæ sub n. 7. fol. mihi 2. & ad decis. 279. concl. 4. & 5.

(T) D. D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 3. n. 45.,. & lib. 1. cap. 4. n. 45. Addent. in dict. num. Mierr. de Majoratu, part. 2. quæst. 2. n. 1. & 2. Greg. Lopez in l. 2. tit. 15. part. 2 in Gloss. verb. sino el hijo mayor.

(V) Velasquez Avendañ. in leg. 40. Tauri Gloss. 11. n. 43. Petrus Surdus lib. 1. cons. 89. n. 36.

(X) D. D. Castill. cont. lib. 5. cap. 82. à n. 46. latissimè.

(Y) C. tanta: Qui filii sint legitimi: C. cum in cunctis: & cap. Innotuit de Electionib. L. Si totas, Cod. de in offic. Donat. Abbas in dict. cap. tanta: D. D. Covarr. in 4. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 25.

(Z) L. 1. tit. 13. part. 4. D. D. Castillo controv. lib. 5. cap. 82. à n. 103. ubi plures referens confutat contrariam opinionem;

(A) L. 1. tit. 13. part. 4. D. D. Cast. cont. lib. 4. cap. 31. à n. 103. ubi plures referens confutat assignarum contrarium.

gos, por ser clara la exclusion, que por sus mismos Fundadores tiene; (B) y con quanta mayor razon procederà esta, quando solo se halla legitimado por Real Rescripto, cuya especie de legitimacion es de menor eficacia, por quanto la que induce el subsiguiente Matrimonio es verdadera, y propia, ficta, è impropia legitimacion la que causa el Rescripto: (C) y se tiene por menos favorable, poderosa, y extensiva.

(B) Mem. Ajust. fol. 1. B.n. 3.

(C) Noguerol Aleg. 23. n. 31.

8. ¿Quien à vista de esto, y reconocido el Rescripto obtenido por el dicho Don Juan Josef, si ama la verdad, podrà dexar de conocer, y confesar abiertamente que no se halla habilitado por èl para la subcesion de estos Mayorazgos? No es menester mas que registrar su tenor; (D) nada otra cosa se deduce, sino una legitimacion ordinaria solamente para heredar, y gozar de honras, y oficios con tal, que no sea en perjuicio de los hijos, ò hijas de legitimo Matrimonio, ni los otros sus herederos descendientes, ò ascendientes por linea recta, por Testamento, ò ab intestato: siendo de advertir, que al tiempo, que dicho Don Juan impetrò dicho Real Rescripto expuso; que en su Casa havia estos Mayorazgos, en que subceder, suplicando à la Real Persona se sirviese concederle la legitimacion, y habilatacion necesaria para obtener los insinuados Mayorazgos, Patronatos, Capellanias, y qualesquiera otras subcesiones, que pidiesen, y contuviesen la qualidad de haverlas de gozar hijos de legitimo Matrimonio; ò como la Real merced fuese, y que sin embargo de esto, solamente se le habilitò por S. M. para heredar en los terminos referidos; pero no para subceder en los expresados Mayorazgos: Con que se prueba, que en fuerza de dicha legitimacion no solo no puede pretender su subcesion, sino es que tambien le està denegada por el mismo Real Rescrito.

(D) Mem. Ajust. fol. 25. usque 27.

9. Pruebase por varios medios, que no fue la voluntad de S. M. en la legitimacion concedida por dicho Real Rescripto, habilitar al Don Juan Josef para la subcesion de estos Mayorazgos, que se controvierten: siendo el primero, que del mismo modo, que para con la subcesion de los Feudos està decidido, (E) que quan-

(E) Cit. Cap. 1. §. Naturales: si de Feudo fuerit controversia inter Vass. & Agnatos, lib. 1. in usib. Feud.

quando la legitimacion està concedida simplemente, y sin expresa mension de ser para subceder en ellos, los asi legitimados, no tienen derecho alguno para subceder, porque no se entiende por ella derogado el del Señor del Feudo, y de los Agnados, à quienes por la investidura les està adquirido, de la propria suerte en los Fideicommisos, y con mayor razon en los Mayorazgos, se debe entender decidido lo mismo por paridad de razon, pues por la Fundacion les està adquirido un derecho firmisimo, de que no puede presumirse quiera pribarlos el Soberano por una simple legitimacion: (F)

(F) D. D. Molin. de Primog. cit. lib. 3. cap. 3. n. 24. Addent. dict. n. D. D. Covarr. var. resolut. lib. 3. cap. 6. n. 7. omnino videndus. Latissime Faria in dicto loco.

10. Es el segundo, no menos eficaz, y poderoso, consiste en que, aun quando por dicho Real Rescripto se huviera habilitado, y legitimado à el Don Juan para subceder en Mayorazgos, no obstante no puede subceder en ninguno de estos dos, una vez que los Fundadores previnieron expresamente, y con repeticion, que los que huviesen de subceder en ellos huviesen de ser legitimos, y havidos, y procreados de legitimo Matrimonio; (G) asi porque si dicha legitimacion no es bastante quando, como està fundado, estàn llamados los hijos simplemente à la subcesion, no puede con mayor razon serlo en el caso en que se llaman los legitimos havidos, y procreados de legitimo Matrimonio; como porque no puede presumirse quiera el Principe con semejantes Gracias perjudicar el derecho aun adquirido solamente en esperanza à otros, que con precision les havian de preferir à los asi legitimados en los derechos de Primogenitura. (H)

(G) Idem Molin. de Primog. ubi proxime n. 31. Addent. dict. num. D. D. Cast. controv. lib. 5. cap. 106. n. 33.

(H) Roxas de Incompatib. part. 1. cap. 6. §. 6. n. 71. cum multis.

11. Aun quando dicho Real Rescripto se huviera concedido con la expresion de ser para subceder en Mayorazgos, y con la clausula, que por èl se tuviera como si fuera nacido, y procreado de legitimo Matrimonio, y aun quando dixera el Principe, que con exclusion de los substitutos, y llamados, aun todavia no bastaria para que el Don Juan Josef Maria pudiese subceder con exclusion de la Marquesa mi parte en ninguno de estos dos Mayorazgos; pues para que con semejantes clausulas pudiera obrar dicho Real Rescripto,

era preciso, que huviera precedido, y justificadose precisamente justa causa, porque esta no se presume en el Principe para derogar, y privar de su derecho à los Substitutos, y llamados à la subcesion, y citacion de estos, y especialmente de la Marquesa, sin cuyos requisitos no pueden obrar semejantes Rescriptos, ni pueden concederse, ni son de efecto alguno: (Y) Y aun era preciso que à la Marquesa se le diera un buen cambio, que subsanara el grande perjuicio, que se le inferia en privarla de la subcesion de dichos dos Mayorazgos, con que no verificandose en el presente caso nada de esto, y estando en los terminos de una legitimacion ordinaria, se vè quan sin fundamento se solicita por el Don Juan Josef Maria la subcesion de estos Mayorazgos de que es incapax.

12. Procede esta opinion con mas sòlidos fundamentos, à vista de la notable diferencia entre los Bienes libres, y Alodiales, y los sujetos à Vinculacion en quanto à la subcesion de ellos; en aquellos son muchos los que llevan puede el Principe disponer con perjuicio de los que pudieran subceder en ellos, por quanto en estos no les està adquirido derecho, (J) haciendose cargo de lo que acerca de esto se halla dispuesto en nuestras Leyes: No asi en los gravados, y sujetos à restitucion; por quanto en estos està adquirido derecho à los llamados en virtud de sus Fundaciones, y no pueden obrar tales Legitimaciones, que dichos Bienes vayan, y los ayan otros de quienes no sintieron los Fundadores; (K) de forma, que en quanto à que los asi legitimados por Real Rescripto no pueden, ni deben subceder en los Mayorazgos es la comun, y seguida opinion de los A. A. (L) y à la que se debe estar.

13. Como tambien à vista de que estando conformes los A. A. en que es conjetural esta materia, y que depende de la volunrad de los Fundodores, de tal suerte que à esta se ha de recurrir, para decidir si los hijos asi legitimados han de subceder, ò no en semejantes Mayorazgos; estando el D. Juan Josef formalmente excluido por sus mismas Fundaciones, como que en ellas

(Y) D. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 8. à n. 31. Ejus Addentes: cum plurimis, & lib. 3. cap. 3. n. 27. & cap. 2. n. 8 Idem Roxas dicto loc. n. 73. Fusarius de Subst. quæst. 408. n. 76. & n. 187. Socinus Junior cons. 76. n. 13. lib. 1. qui loquitur in legitimatione facta a Principe in præjudicium subtitutorum.

(J) Cerbantes in leg. 12. Taur. n. 71. Mieres de Majorat. part. 2. quæst. 1. n. 3. vers. nec obstat lex 12. Tauri.

(K) Decius cons. 689. per totum, & cons. 445. n. 22. & cons. 357. n. 5. Arias Pinell. 1. part. Rubric. de Rescind. vendit. cap. 2. à n. 19. latissime agent. Cit. Covars. lib. 3. var. cap. 6. n. 7.

(L) Par. Molin. de Just. & Jur. tom. 1. disp. 171. Ceball. Comm. cont. Comm. tom. 1. quæst. 2. ex n. 50. Monte Aleg. in praxi lib. 2. cap. 1. §. 4. Stephan. Gratian. tom. 2. discept. forens. cap. 673.

se llaman los legitimos havidos, y procreados de legitimo Matrimonio, no una vez sola, ni en una parte de dichas Fundaciones, lo que aun seria bastante, (M) sino con tanta repeticion, como và hecho vèr, y de ellas resulta, lo que es una formal exclusion, segun està fundado; tiene incapacidad de el mismo modo, que si expresamente se hallara excluido, para pretender subceder en ellos, pues no solo lo excluye la disposicion de derecho; sino la expresa voluntad de los Fundadores, que asi lo determinaron, y quisieron, es preciso que conozca, que haviendole sido facultativo disponer, y hacer dichas Fundaciones como por bien hallaron, no tuvieron precision de haverlos de llamar, y que por lo mismo no le compete accion para que se juzgue llamado, ni comprehendido en los llamamientos, que hicieron; sino que antes està excluido sin que le pueda aprovechar, ni la Representacion, ni el Real Rescripto de legitimacion que ha obtenido, ni todo lo demàs, de que se quiere servir para obstentarse capaz de la subcesion de dichos Mayorazgos.

(M) Add. ad Molin. de Primog. lib. 3. dict. cap. 3. n. 40.

14. El mismo Real Rescripto comprueba, y califica, que no es extensivo à la subcesion de estos Mayorazgos, que se litigan; pues se observa, que sin embargo de que por el Don Juan Josef Maria se expuso à su Magestad tenia los citados Mayorazgos en que subceder no se le concediò la legitimacion, y habilitacion para ellos; sino solamente para heredar, y gozar de honras, y oficios sin perjuicio de los hijos, ò hijas de legitimo Matrimonio, ni los otros sus herederos, descendientes, ò ascendientes por linea recta, por Testamento, ò ab intestato: No hai duda, que si el Principe huviera querido habilitar al dicho Don Juan Josef Maria para la subcesion de dichos Mayorazgos, ù otros, pudiera mui bien haverlo hecho, derogando al derecho de los substituidos, y llamados; pero no lo hizo, ni lo expresò en dicho Rescripto, con que no puede entenderse fue su voluntad concederlo; y seria violenta, y repugnante semejante interpretacion, quando toda concesion del Principe por lo regular siempre se ha de entender hecha sin perjuicio de Terceros (N),

(N) Textus vulg. in leg. 2. 5. Quis à Principe ff. nè quid in loco publico. Cum concordantibus congestis à Gomes. in Prœmio regulæ de jure tertii quæsito non tollendo.

y

y con mayor razon por quanto en la concesion general no se comprehenden aquellas cosas especiales, que verosimilmente no concederia el Principe; (O) y asi à el Vicario General del Obispo no le compete en fuerza de la comision general el conocimiento de las Causas Criminales, Provision de Beneficios, ni otras muchas cosas: (P) Por cuya razon tambien aunque en la Bulla de la Santa Cruzada se concede el Privilegio de celebrar el Santo Sacrificio de la Misa en Oratorios privados, no se puede en su virtud celebrar en los dias Festivos solemnes, pues aunque no se exceptuan en ella, lo estàn por su naturaleza, y asi pueden los Obispos prohibir se diga, ni oiga en ellos en tales dias, por no estàr expresa la Facultad en dicha Bulla para tales dias, y ser digna de especial nota por lo que no puede entenderse comprehendida en dicha General Gracia; del mismo modo en el Privilegio del Altar privilegiado, quando no se expresa alguna Misa especial, sino tan solamente que, celebrandose en èl por algun Defunto, se libra su alma de las penas del Purgatorio; en tal caso para ganar las Indulgencias se ha de decir Misa de Requiem, por deber entenderse ser esta la intencion de S. Santidad; por deberse hacer la interpretacion conforme à derecho, por la qual siempre la intencion del Principe, quando no consta lo contrario, se debe presumir es conformarse con èl, (Q) y por tanto en este caso, que fue, se dixera Misa de Requiem con arreglo à lo determinado por la Iglesia: lo que procede à vista de que las Concesiones, que se dispensan por modo de Privilegio se deben entender, è interpretar estrictamente, (R) y sin ampliarlas, ò extenderlas, à lo que en ellas no se expresa: especialmente en quanto pueden ser en perjuicio de Tercero, (S) porque generalmente se debe entender, è interpretar sin tal perjuicio, porque nunca es la intencion del Soberano perjudicarle. (T)

15. Procede tan sin controversia lo general de estas Doctrinas en el caso, que se questiona, que es preciso confesar, que seria conocida violencia, querer entender fue voluntad del Principe en la concesion, y

habi-

(O)
C. cum in generali de offic. Vicar. C. si Episcopus de Pœnitent. & remission. C. in general de Regulis. Jur. in 6.

(P)
Cap. 2. & 3. de offic. Vicar. in 6.

(Q)
Pignat. cons. canon. tom. 6. cons. 97. n. 78. L. causas ff. de Transact. Gramm. cons. 34. n. 3.

(R)
Surdo cons. 422. n. 12. lib. 3. Decian. in cap. 1. de Rescript.

(S)
C. Pastoralis de Privilegiis. Cap. cum dilect. de Donation. C. tua de decim.

(T)
L. nec Abus, ibi:
,, Nè in cujusdam
,, injuriam Beneficia tribue-
,, re moris est nostri.

Cod. de emancip. liber. Et in cap. ad aures vers. cum non sit intentionis nostræ: Et in cap. super eo de offic. Deleg. D. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 14. n. 19. Add. in dict. loco: & cap. 7. lib. 2. Lex 11. cum sequent. tit. 18. part. 3.

habilitacion hecha à el D. Juan Josef Maria en semejante Rescripto, derogar à los substituidos, y llamados à la subcesion de estos Mayorazgos, contra tantos claros principios, que lo resisten, y defienden, aunque dicha concesion se diga hecha de motu propio, de plenitud de Potestad, y de cierta ciencia; por quanto se le expresò al Principe, que havia en su Casa estos Mayorazgos; y ultimamente, aunque se considere concebida, y extendida con las clausulas, voces, y expresiones mas amplias, (V) toda la vez, que no se expresò en ella, que se le concedia habilitacion para subceder en dichos Mayorazgos, no se puede extender à su subcesion en perjuicio de la Marquesa, y demàs interesados.

(V) Seraphin Decis. 1081. Fagn. in cap. cæterum de Rescrip.

16. Por lo que hace à Feudos, Fideicomisos, y Mayorazgos convienen todos en que es preciso; esto aun prescindiendo de las questiones, que en los Parrafos antecedentes van tocadas, sobre si lo puede hacet el Principe sin citacion de los interesados, sin intervenir causa de publica utilidad, que debe probarse por no presumirse esta en semejantes concesiones, y sin verificarse un buen cambio; y sobre si aun quando en el Rescripto se expresara que se le habilitaba para subcesiones de Mayorazgos pudiera aprovecharle à el Don Juan Josef para la de estos por estar llamados à su subcesion los legitimos havidos, y procreados de legitimo verdadero Matrimonio, en cuyo caso aun le niegan muchos el derecho de subceder à los legitimados por subsiguiente Matrimonio, y asi se ha determinado en este Regio Tribunal, (X) en concurrencia de un legitimado por subsiguiente Matrimonio sobre la subcesion de un Vinculo, y Patronato fundado por Don Pedro Mexia en que por llamarse en su Fundacion à los legitimos havidos, y nacidos de legimo Matrimonio fue excluido el legitimado; y por mayoridad de razon à los legitimados por Rescripto, (Z) por la notable diferencia que hai entre dichas especies de legitimacion: Que por el Principe se exprese, que es para subceder en ellos con derogacion expresa, y formal de los à ellos llamados, lo que tara vez se verifica (A) lo quiera hacer el Principe,

(X) Cit. Cast. cont. lib. 4. cap. 31. n. 1.

(Z) Idem Cast. ubi supra.

(A) Card. de Luc. de Regal. disc. cur. 148. & disc. 68. & 69. de Fideicomis. cum multis aliis.

17. Tan lexos està, que pueda decirse, que, mediante haver hecho expresion el Don Juan Josef Maria en la sùplica hecha à S. M. para obtener el Real Rescripto de que lo solicitaba para subceder en estos Mayorazgos, y demàs Patronatos, y Capellanias, en que solo podian subceder los que fuesen legitimos de legitimo Matrimonio; fuese la intencion, y voluntad de S. M. legitimarlo, y habilitarlo para dichas subcesiones, porquanto las Gracias, y Reales concesiones se regulan por las suplicaciones, que se hacen para impetrarlas; (B) que antes bien se debe con precision entender denegado, y excluido formalmente en fuerza de dicho Real Rescripto de la subcesion de estos Mayorazgos, ni otros ningunos, en que deban subceder legitimos de legitimo Matrimonio.

18. Esto se prueba de que las Reales Gracias, ò concesiones, se regulan por las sùplicas, que para su impetracion se hacen, quando estàn concebidas dichas concesiones en terminos generales; (C) por quanto quando simplemente se responde se entiende concederse todo lo pedido; pero no quando, como en el presente caso la concesion fue restringida, limitada, y qualificada à subcesiones por Testamento, y demàs honras, y oficios, que se expresa en dicho Real Rescripto, y esto no asi como quiera, sino con la taxasion de que fuese para esta solamente, que es lo que su propia rigorosa significacion explica esta voz solamente; porque en tal caso no puede entenderse, ni extenderse à mas. (D)

19. De aqui se infiere, que no solo no es extensiva dicha Gracia, ò Rescripto, sino que por ella le fue denegada la habilitacion, que solicitò dicho Don Juan para subceder en estos Mayorazgos; porquanto sin embargo de que, haviendo solicitadola, no solo para dichas subcesiones, sino las Testamentarias, y otras; estas solo le fueron concedidas por el Principe; por lo que las otras se entienden denegadas formalmente; (E) pues las suplicasiones, y lo en ellas contenido se restringen, y limitan por las mismas concesiones; con que no hai la menor duda, que atendida la que com-

(B)
Cap. inter dilectos, §. cæterum de Fide Instrum. Decius cons. 403. n. 15.

(C)
Marescot. variar. resolut. lib. 1. cap. 8. à principio: D. D. Salgad. de Retent. 2. part. cap. 30. §. 1. à n. 21. cum multis quos congerit.

(D)
Barb. de Diction. Dictiona 97. n. 3. Felinus in cap. contingit de Fide instrum.

(E)
Idem Salg. dicto loco n. 34. prope finem: & in cap. 31. à à n. 100. Omnes repetentes in cap. super litteris de Rescriptis.

prehende dicho Real Rescripto no solo no se puede entender concedida por èl legitimacion para la subcesion de estos Mayorazgos, sino que formalmente le està denegada, y excluido de ella por èl.

20. Corre esto tan sin dificultad, que si en toda Ley, Privilegio, Bulla, Rescripto, Laudos, Sentencias, y aun demàs disposisiones se deben atender las palabras, con que estàn concebidas, para interpretarlas con arreglo à la intencion de quien las constituye; (F) registradas las del Real Rescripto obtenido por dicho Don Juan, se vè por ellas, que la intencion de S. M. fue denegarle la habilitacion para subceder en Mayorazgos, y demàs, en que huviesen de subceder los de legitimo Matrimonio; pues solamente la concediò para hered r, y para honras, y oficios, cuya diccion taxativa segun su Naturaleza asi lo persuade, por quanto limita, y restringe la Gracia, excluyendo las demàs subcesiones, que comprehendiò la Sùplica, solamente à las expresadas en dicho Rescripto; al modo que en la Disposision del Concilio Tridentino en que tan solamente se concede à los Ordinarios conocimiento de las primeras instancias, por este hecho se entienden excluidos los demàs à quienes les està denegado, por que semejantes Dicciones taxativas, no solo tienen fuerza de prohibicion tacita, sino tambien expresa; (G) de que se deduce, que por dicho Real Rescripto le està expresamente prohibido al Don Juan Josef Maria subceder en estos Mayorazgos, segun la expresa intencion del Principe; y como que fue limitado à las subcesiones, que en èl se expresa, no puede estenderse à otras (H) algunas: y asi lexos de aprovecharle en esta instancia, que ha promovido le obsta, y excluye.

21. Parece, que de lo hasta aqui fundado, resulta probado abundantemente. Que no admitiendo dicho Real Rescripto extension por su naturaleza, ni permitiendo duda de qual fuese la intencion del Soberano en dicha concesion, por estàr concebida en terminos claros, y expresos, que resisten toda question, (I) y duda de qual fuese la voluntad del Principe en ella; y que haviendo usado de la Diccion taxativa restingiendo

con

(F) Menoch. de Præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 2. n. 1. Barbos. in cap. 10. n. 2. de Electione.

(G) D. D. Salg. de retent. part. 2. cap. 17. à n. 35. omnino videndus.

(H) D. D. Cast. controv. lib. 4. cap. 45. D. D. Crespi Valdaur. observ. 40. à n. 13.

(I) L. Ille, aut ille de Legat. 3.

con ella la habilitacion à las subcesiones, que determina, no solamente no intentò mas, que lo que en ella se expresa literalmente, sino, que denegò lo demàs à que se quiere ampliar por dicho Don Juan Josef; esto no puede dudarse, atendida la fuerza de dicha Diccion, que limita, y restringe la determinacion à que se contrahe excluyendo todas las demàs; (J) à que se agrega, que atendido el tenor de dicho Rescripto, no se puede presumir huviese querido Su Mrgestad legitimar à el Don Juan Josef para subceder en estos Mayorazgos, pues si esta huviera sido su intencion lo huviera expresado, por lo que no haviendolo asi hecho, sino antes con las restricciones, y limitaciones, que contiene, y van hechas vèr, no es licito, ni afirmarlo, ni presumirlo siquiera, (K) por ser el argumento, que se toma de la omision de la mayor eficacia en el derecho de semejantes materias.

22. No puede servir de argumento el que el Don Juan Josef Maria se le declarase por Heredero ab intestato de Don Pedro Maria su Padre con exclusion de los que le havrian de heredar, pues aunque sea cierto, que los legitimados por Rescripto del Principe, segun la disposicion de el comun derecho son capaces de subceder à sus Padres, asi por Testamento como ab intestato con los demàs hijos legitimos, (L) si bien por nuestras Patrias leyes, (M) haviendo legitimos, y naturales, no concurren con ellos, ni pueden heredar mas que la Quinta parte de que el Testador podia disponer, corrigiendose por esta disposicion la del comun derecho, de las Partidas, y Fuero à favor, y en beneficio de los hijos legitimos, y del Matrimonio, digno à la verdad de quantas Petrogativas, y Privilegios le estàn justamente concedidos, como tambien porque nunca se puede presumir, que el Principe quiere perjudicar à tercero con sus Privilegios; no obstante como quiera que no haviendo hijos legitimos sean capaces por virtud de la legitimacion del Principe de heredar à sus Padres, queriendo estos instituirlos, de aì es, que muriendo ab intestato estos, pueden mui bien heredarlos con exclusion de los Agnados, y cognados; pues aunque

pu-

(J) L. fin. C. de Legib. cap. Si quis eum 21. quæst. 2. Alberic. in suo Diction. verb. solum. Surdo cons. 403. n. 62. Stephan. Grat. Marchiæ, decis. 78. ex n. 28. Rotta apud Farinac. decis. 426. n. 5. part. 2. recent.

(K) Plura congerens Paz in Rubric. ad Leges styli n. 50. Cap. Cum non sit expressum in jure, de Sent. Excom. in 6. Et cap. Consuluisti 2. quæst. 5. ibi:
„ Quod non est expresse sancitum superstitiosa „ non est inventione præsu„ mendum.

(L) Latissime Roxas in Epitom. Subses. cap. 23. per totum. Latè D. D. Cast. controv. lib. 4. cap. 22. per totum.

(M) L. 12. Taur. Gomez in ea; & omnes taurist.

pudiera dudarse si en este caso deberian subceder, y son diversas las opiniones de los A. A. acerca de ello, por quanto no hai expresa voluntad de los Padres, que los instituya; y à demàs de los Rescriptos de legitimacion, que se conceden en estos Reynos de España por lo comun siempre se les habilita para subceder en lo que los Padres quisieren dexarles con la clausula de que se entienda sin perjuicio de los Subcesores ab intestato; con todo basta la tacita voluntad, que justamente presume la ley, restringiendose la incapacidad de dichos hijos legitimados, en tal caso por virtud del Rescripto à quando los Padres expresamente disponen lo contrario, pues contra su voluntad en ningun caso pueden subceder; pero si quando expresamente los instituye; ò quando los pasa en silencio, para cuyo remedio le compete decir, nulo, è inoficioso el Testamento Paterno, con que con quanta mayor razon, muriendo ab intestato deberà subceder; (N) pues no solo no hai motivo para presumir voluntad en el Padre, como mas bien podia decirse de la Preterición, sino que hai voluntad presumpta por la misma ley, que es lo bastante, y baxo cuyo concepto deben entenderse las expresiones de sin perjuicio de los Subcesores ab intestato que se expresan, y contienen semejantes Reales Gracias.

(N) D. D. Cobb. 4. 2. part. cap. 8. §. 8. à n. 1. usque ad 6. Roder. Xuar. in L. Quoniam in prioribus. Cod. de inofficioso test. super leg. regia cons. 2. n. 24.

23 Ademàs concurriò para haver obtenido el Don Juan Josef Maria el que se le declarara por Heredero ab intestato de dicho D. Pedro Maria, que estava por adir la herencia por los que pretendian subceder en ella; en cuyo caso como que no les estava adquirido derecho, sino que lo tenian en esperanza à ella, en virtud de dicho Real Rescripto pudo (O) fundar mui bien el que se le huviese de declarar como se le declarò por tal Heredero con exclusion de los que pretendian subceder; y mas quando antecedentemente estava impetrado, por quanto con mas facilidad se deroga, y priva por los Privilegios, y concesiones Reales el derecho, que hai espetanza de adquirir, que no el que està adquirido, y radicado, por quanto aquel no se considera en nuestros Bienes, y asi como no se podia

(O) Idem Card. de Luc. de Regal. disc. 172. à num. 25.

con-

considerar en los de los que pretendian dicha herencia por no estàr adquirida, y el Don Juan Josef se hallaba asistido de la voluntad presumpta de su Padre, y habilitado para heredar por dicho Rescripto fue mui conforme se le declarase por Heredero ab intestato con exclusion de aquellos. (P)

24. Pero de esto no se puede inferir lo mismo para la subcesion de estos Mayorazgos; ni arguirse, que asi como à los substituidos, y llamados les compete el derecho de subcesion en los bienes vinculados, les compete à los Agnados, y Cognados el de subceder en los de los que mueren sin testar; porque es notable la diferencia, que se advierte entre uno, y otro caso; en la subcesion de los bienes vinculados, como que provienen de disposion de hombre, no se puede presumir quiera el Principe dispensar, ò derogar, sino que es necesaria expresa derogacion, y que influyan para ella todas las justas causas, y requisitos, que en los Parrafos anteriores vàn hechos ver se necesitan, para que al Principe le sea licito alterar las disposiciones, y voluntades de los hombres, y sin las que nunca se cree obren los Soberanos; no asi en las disposiciones meramente de Ley, en las que como que le es facultativo dispensar, derogar, alterar, casar, abolir, limitar, ò hacer lo que por bien tuviere, y le pareciere, se presume con mayor facilidad, y se hace la interpretacion con toda la extension, que sea mas favorable; de que nace la diferencia, que hay, y convence, que de que en fuerza de dicho Real Rescripto se le huviera declarado por heredero ab intestato de D. Pedro Maria à el dicho D. Juan Josef Maria, no se puede, ni debe hacer consequencia para la subcesion de estos dos Mayorazgos, por ser mui distintas, y diversas las razones, que militan con respecto à estas subcesiones, y dicho Real Rescripto; (Q) sègun cuyo literal tenor, queda fundado, no fue la intencion de el Principe legitimar, ni habilitar à dicho D. Juan Joseph para las subcesiones de estos Mayorazgos, que se litigan, sino antes le fueron virtualmente denegadas por èl, en cuyo supuesto este exemplar, aunque de la mas recomendable vene-

(P) Cit. Rox. in Epist. dict. cap. 23 à n. 55.

(Q) Videant. A. A. citat. in §. 12. huj. Aleg.

 cion.

cion, no puede hacerlo en la presente controvercia.

25. Pero si debe ser de grande consideracion el observar, que por unanime consentimiento de trece Señores ante quienes se viò le fue declarada la Tenuta de estos dos Mayorazgos à la Marquesa, pues aunque semejantes sentencias no causen excepcion de cosa juzgada, ni traiga perjuicio à la causa principal en los juicios de Propiedad, y Posesion, (R) como que de estos no se toma conocimiento en el Supremo Consejo, sin embargo por la alta superior justificacion con que en todo procede, no puede negarse la recomendacion con que deben estimarse sus Resoluciones, y Decisiones, y con mayor razon quando no se puede negar, que oy tiene este juicio de Tenuta admixta, y conexa causa de Propiedad (S) como que concierne la verificacion del verdadero Subcesor en quien por ministerio de la Ley se ha transferido la Posesion del Mayorazgo, y sea esto una de las cosas en que se diferencia de otros interdictos posesorios, en que no se verifica la mixta causa de Propiedad, como en este remedio, en que se mira conexa, pues no puede obtener en èl sino el que probare, y justificare ser el verdadero Subcesor, (T) y asi aunque no produzga exempcion de cosa juzgada para aquel juicio, hace meritos para juzgar fundadisimo el derecho del que la ha obtenido.

(R) Paz de Tenut. tract. 1. cap. 4. n. 20. & 21.

(S) Ex leg. 10. tit. 7. lib. 5. Recop. Idem Paz cap. 6. dict. tract. n. 1.

(T) D.D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. à num. 9.

26. No puede oponer contra esto el D. Juan cosa alguna atendible, pues la Demanda de Tenuta la intentò en el Consejo el referido, y ganò la Provision para la remision de los Autos seguidos en la Jurisdiccion Ordinaria de esta Ciudad, que en su virtud se remitieron, en los quales se le encargò la administracion al Marquès sin embargo de la oposision del Don Juan; por Providencia de 1. de Octubre de 774. recibiendose à prueba: No se hizo por ninguna de las Partes, y de la alegacion del Marquès se diò traslado à el D. Juan por quien nada se dixo, le fueron acusadas las rebeldias, y en 19. de Junio de 775. se declarò la Tenuta à favor de la Marquesa, mandandosele dàr la Posesion con recudimiento de Frutos desde la muerte de el ultimo Poseedor, remitiendose à esta Real Audiencia en quanto à la Pro-

piedad, (V) y si nada opuso, ni se valiò de presentar el Real Rescripto de legitimacion, fue no por falta de medios como ha querido persuadir, sino por conocer que no le asistia Justicia, y que dicha Real Gracia no podia extenderse, ni era comprehensiva de estas subcesiones, y asi esta superior Decision como emanada de tan supremo Tribunal, y à presencia de las Fundaciones de los Mayorazgos, que se litigan, y demàs justificaciones que produxo el Marquès no puede negarse la gran consequencia, y exemplar que hace.

(V) Mem. Ajust. a fol. 15. usq. ad 22. n. 21. 22. 23. 2c & 31.

27. De todo se manifiesta, y convence, que dicho D. Juan Josef Maria por ser hijo natural no puede pretender la subcesion de ninguno de estos dos Mayorazgos, por tener clara resistencia asi por la disposision de derecho, como por sus Fundaciones; y que el Real Rescripto de legitimacion, que ha obtenido, no solo no le habilita, ni le hace capaz de ella, sino que lo excluye, y le està por èl denegada; y que es clara la Justicia, que asiste à la Marquesa por ser la legitima Subcesora de ellos, y que si la insuficiencia, y cortedad de su Abogado no la ha dado à entender como desea, tiene la felicidad de estàr la Determinacion pendiente del juicio de tan grave Senado, cuya Religion, Prudencia, y Jusrificacion suplirà, como dixo Camillo Lararha (X) lo que à este aya faltado en su Defensa: asi lo espera; salva in omnibus T. S. D. C.

(X) Cons. 107. n. ultim. in fine.

Lic. D. Tomàs Romero Agredano.

Està conforme con el hecho, que resulta de los Autos.

L. D. Fernando Saturnino Solano.